This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

FOR TX
3 2044 103 228 599

32 Aug 1929

HARVARD LAW LIBRARY

Received Dec 22. 1925

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

PROPERTY OF HARVARD LAW LIBRARY

Der Civilprozeß.

Geschichte und System.

Von

A. Engelmann,

Landrichter.

Erster Band:

Allgemeiner Theil.

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
1889.
Germany

Digitized by Google

Digitized by Google

Der Civilprozeß.

Geschichte und System.

Von

A. Arthur Engelmann,
Landrichter.

Erster Band:

Allgemeiner Theil.

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
1889.

Digitized by Google

12 Aug 1929

HARVARD LAW LIBRARY

Received Dec 22. 1925

Digitized by Google

Digitized by Google

31 Aug 1929

HARVARD LAW LIBRARY

Received Dec 22. 1925

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

PROPERTY OF HARVARD LAW LIBRARY

Der Civilprozeß.

Geschichte und System.

Von

A. Engelmann,

Landrichter.

Erster Band:

Allgemeiner Theil.

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
1889.
Germany

Digitized by Google

Digitized by Google

Der Civilprozeß.

Geschichte und System.

Von

A. Arthur Engelmann,

Landrichter.

Erster Band:

Allgemeiner Theil.

Breslau.

Verlag von Wilhelm Koebner.

1889.

Digitized by Google

Fo-TX
E

DEC 22 1925

Digitized by Google

Vorwort.

Hiermit übergebe ich der Oeffentlichkeit den ersten Theil einer Arbeit, die das Civilprozeßrecht zum Gegenstande hat. Es kann nicht anders sein, als daß den Hauptbestandtheil dieser Arbeit die Darstellung derjenigen Prozeßgesetzgebung bilden muß, die gegenwärtig bei uns in Geltung und im Vordergrunde des wissenschaftlichen Interesses steht. Diese Darstellung will den Versuch machen, die Sätze des positiven Rechts mit der Rechtsprechung und den Ergebnissen wissenschaftlicher Untersuchung zu einem Ganzen zu verarbeiten, ohne auf der einen Seite zu einem Nachschlagebuche für die bekannt gewordenen Entscheidungen der Gerichte oder auf der andern Seite zu einer Nebeneinanderstellung polemisirender Abhandlungen zu werden. Der Umfang derselben wird den eines kürzgefaßten Lehrbuches nicht übersteigen.

Soll indeß nicht der in weiten Kreisen herrschenden Neigung Vorschub geleistet werden, gegenüber dem gegebenen Recht dessen historische Entwicklung als eine Reihe gleichgültiger Erscheinungen anzusehen, so durfte von der für den Praktiker besonders schwierigen Arbeit, die wichtigsten der Geschichte angehörigen Prozeßsysteme zur Darstellung zu bringen, nicht Umgang genommen werden. Es sollen daher in einem besonderen Theile dieser Arbeit — dem zweiten — der mittelalterlich-deutsche, der römische, kanonische, gemeindeutsche Prozeß, die wichtigsten neueren Prozeßgesetzgebungen und die Entstehungsgeschichte der Reichscivilprozeßordnung

Digitized by Google

behandelt werden. Sowohl diese historische als jene (im dritten Theile) zu gebende Darstellung des heutigen Rechts muß die Grundbegriffe der Prozeßrechtswissenschaft als bekannt voraussetzen können. Es stellte sich deshalb die Nothwendigkeit heraus, diese Grundlehren auszusondern und in einem allgemeinen Theile zu vereinigen, der naturgemäß die Einleitung und also den ersten Theil der ganzen Arbeit bilden muß.

Bei der Ausarbeitung dieses ersten Theiles hat das mir erst während des Druckes zugegangene Werk von Kohler, der Prozeß als Rechtsverhältniß, nicht mehr die gebührende Berücksichtigung finden können. Die Werke von Reinhold, die Lehre von dem Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast, und von Schneider, über richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts, sind erst nach Fertigstellung des Druckes in meine Hände gelangt.

Wo gebräuchliche Lehr- und Handbücher angeführt sind, ist der Kürze wegen regelmäßig nur der Name des Verfassers genannt.

Gleiwitz, den 31. Oktober 1888.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

Seite.

Begriffsbestimmung § 1 1

A. **Das Civilprozeßrecht** § 2 4

I. **Die Gerichtsverfassung** § 3 5

A. Die freiwillige Gerichtsbarkeit § 4 . . . 6

B. Die streitige Gerichtsbarkeit § 5 7

1. Die innere Gerichtsorganisation 7

a. Der Richter § 6. Berufs- und Volksrichter § 7. Einzelrichter und Kollegialgerichte § 8 . . . 7—11

b. Die Hilfspersonen § 9. Mitwirkung derselben § 10. Staatsanwaltschaft § 11 . . . . . 11—14

2. Die äußere Organisation der Gerichte 14
Begriff § 12. Verhältniß der Gerichte zu einander § 13. Kompetenzbegrenzung § 14.

II. **Die Rechtsgrundsätze über das Verfahren in Civilprozessen** 16
Eigenart des Civilprozeßrechtes § 15.

A. Das Civilprozeßrecht, ein Zweig des öffentlichen Rechts § 16 16

1. Der zwingende Charakter der Prozeßrechtsnormen § 17 17

2. Der Umfang des Prozeßrechts § 18 18

B. Das Civilprozeßrecht als Schutzordnung für privatrechtliche Ansprüche 20
Die Verfügungsfähigkeit der Parteien § 19. Die prozeßrechtlichen Verträge § 20. Der Gegensatz von Civilprozeß und Strafprozeß § 21. Der Gegensatz von Justiz und Verwaltung § 22.

B. **Der Prozeß als Lebensvorgang** § 23 32

I. **Der Civilprozeß als Rechtsverhältniß** § 24 32
Die Einheitlichkeit und der Inhalt des Prozeßverhältnisses § 25. Begründung desselben (Prozeßvoraussetzungen) § 26. Privatrechts- und Prozeßrechtsverhältniß § 27. Fortentwicklung des Prozeßverhältnisses durch die Prozeßhandlungen § 28.

A. Die Prozeßsubjekte § 29 37

1. Die Parteien 37
Begriff Partei § 30. Parteifähigkeit § 31. Prozeß-

Digitized by Google

Seite.

fähigkeit § 32. Das Zweiparteienverhältniß des Civilprozesses § 33. Streitgenossen § 34. Hauptintervenient § 35. Nebenintervenient § 36. Gegensatz dieses und des Beistandes oder Vertreters § 37. Beistand, Vertreter § 38. Advokatur §§ 39, 40, 41.

2. Das Gericht § 42 47
a. Zuständigkeit der Gerichtsbehörden § 43.
b. Unbefangenheit der Richter § 44.

B. Die Prozeßhandlungen § 45 50

1. Die Prozeßhandlungen an und für sich 50

a. Die Handlungen der Parteien 50

I. Inhalt der Parteithätigkeit § 46 50

a. Der Prozeßbetrieb § 47. Prozeßbegründung § 48. Prozeßerledigung § 49 . . . . 51—53

b. Die Prozeßverhandlung oder die Stoffvorlage §§ 50, 51 53

aa. Die Stoffvorlage im Feststellungsverfahren § 52 54
Gegensatz von Privat- und Prozeßrechtsverhältniß in der Stoffvorlage § 53. Die Rechtsbehauptungen der Parteien § 54. Thatsachenbehauptung und Beweis § 55.

α. Die Thatsachenbehauptung § 56 . . . 59
Klage § 57. Klageanlaß § 58. Klageneintheilung § 59. Klageantrag und Klagegrund § 60. Aktiv- und Passivlegitimation § 61. Verhalten des Beklagten § 62. Vertheidigung § 63. Widerklage § 64. Repliken § 65. Streiteinlassung § 66.

β. Der Beweis 76
Die beweisbedürftigen Thatsachen. Offenkundige, zugestandene Thatsachen § 67. Begriff des Beweises. Logischer, historischer Beweis § 68. Materielle und formelle Wahrheit § 69. Beweis und Ermittlung § 70. Gegenstand des Beweises § 71. Mittel der Beweisführung 72.

1. Beweisgrund § 73 84
2. Beweismittel § 74 86
a. Die unmittelbare Anschauung § 75 87
Augenschein § 76, Urkunde § 77. Inhalt derselben § 78. Uebliche Eintheilung § 79. Echtheit § 80.
b. Die durch Ueberlieferung vermittelte Anschauung (Zeugen). § 81. Zeugnißpflicht § 82.

Digitized by Google

Seite.

Parteierklärung § 83. Parteieneide § 84. Schiedseid § 85. Grenzen der Zulässigkeit des Parteieneides § 86. Der Sachverständige § 87.
Haupt- und Gegenbeweis § 88.
bb. Die Stoffvorlage im Vollstreckungsverfahren 106
Gegensatz von Antrag und Rechtsbehauptung bei der Exekution § 89. Vorbedingung der Vollstreckung § 90. Die vollstreckbaren Schuldtitel § 91. Voraussetzungen der konkreten Zwangsmaßregel § 92. Verhältniß des festgestellten Anspruchs zu den Zwangsmitteln § 93. Erfolglose Vollstreckung § 94. Sicherung der Exekution (Arrest) § 95.
II. Die Form der Parteihandlungen 112
Bedeutung des Wortes Form im Civilprozeß § 96.
a. Mündlichkeit und Schriftlichkeit der Parteihandlungen 113
Die Begriffe Mündlichkeit und Schriftlichkeit § 97. Vorzüge und Nachtheile der M. und der Sch. § 98. Unmittelbarkeit und Mitelbarkeit § 99.
b. Die Formvorschriften § 100 118
b. Die Handlungen des Gerichts 119
I. Inhalt der Gerichtsthätigkeit § 101 119
a. Die Prozeßleitung § 102 120
Fragerecht und Fragepflicht des Richters § 103. Maßregeln gegen Prozeßmißbrauch § 104.
b. Die Prozeßentscheidung § 105 125
Begriff, Entscheidung § 106. Rechtsanwendung § 107. Thatsachenkenntniß § 108. Die Beweisprüfung § 109. Die Beweislast § 110. Subsumtion der festgestellten Thatsachen unter das Recht § 111.
Arten der Entscheidungen § 112. Entscheidungen im Vollstreckungs-Verfahren § 113. Das Endurtheil § 114. Die Abstimmung § 115. Rechtsmittel § 116. Unrichtigkeit des Urtheils § 117. Arten der Rechtsmittel §§ 118, 119. Nachprüfung der Rechtsfrage § 120. Oberster Gerichtshof § 121. Beschränkung der Rechtsmittel § 122. Begriff Instanz § 123.
II. Die Form der gerichtlichen Handlungen § 124 . 153
2. Die wechselseitige Wirkung von Parteien- und Richterthätigkeit 155
Ueberblick § 125.
a. Die Handlungen der Parteien § 126 157
I. Die Parteihandlung eine privatrechtliche Verfügung 156
Mittelbare und unmittelbare Verfügung § 127. Dispositions- und Inquisitionsmaxime § 128. Die Parteihandlung Rechtsausübung, nicht

Digitized by Google

Seite.

Pflichterfüllung § 129. Inhalt der Parteidisposition (Geständniß, Anerkenntniß) § 130. Unwiderruflichkeit der Parteihandlung § 131. Verhandlungsmaxime eine Seite der Dispositionsmaxime § 132. Verhältniß derselben zum richterlichen Fragerecht § 133.

II. Die Parteihandlung als Bethätigung der prozeßrechtlichen Verfügungsgewalt . . . 176
Einfluß der öffentlich-rechtlichen Natur des Rechtsschutzanspruches auf diese Gewalt § 134. Parteibetrieb und Officialbetrieb § 135. Mehrheit von Rechtsschutzansprüchen in demselben Prozesse § 136. Inhalt der prozeßrechtlichen Verfügungsgewalt § 137. Einfluß der Rechtsbedürfnisse der Parteien § 138.

b. Die Handlungen des Gerichts 185
Das Verhältniß der Richterhandlungen zu dem Privatrechts- und dem Prozeßrechtsanspruche der Parteien § 139. 185

I. Die Prozeßleitung § 140 186

II. Die Prozeßentscheidung 187

a. Der Einfluß der Prozeßentscheidung auf das Prozeßrechtsverhältniß 187
Befriedigung des Rechtsschutzanspruchs § 141. Unwiderruflichkeit der Entscheidungen § 142. Unanfechtbarkeit der Entscheidungen (formelle Rechtskraft) § 143.

b. Der Einfluß der Entscheidung auf das Privatrechtsverhältniß (materielle Rechtskraft) § 144 190

II. Der Gang des Prozesses 195
Die Ordnung des Verfahrens § 145.

A. Die Reihenfolge der Prozeßhandlungen 196
Gang des Verfahrens im Allgemeinen § 146. Verbindung der Prozeßbegründung mit der Prozeßverhandlung, der Behauptungen mit den Beweisen § 147. Präklusionsprinzip § 148.

B. Ort und Zeit der Prozeßhandlungen 211

1. Der Ort 211
Gerichtsstelle, Ort der richterlichen Handlungen, gerichtliche und außergerichtliche Parteihandlungen § 149. Oeffentlichkeit § 150.

2. Die Zeit § 151 214

Der Leser wolle vor Beginn der Lektüre nachstehende Druckfehler berichtigen:

S. 16 erste Zeile des § 15: statt Civilrecht lies Civilprozeß.
S. 20 in der Anmerkung: statt Goldammer lies Goltdammer.
S. 60 Zeile 10 von oben: statt einerseits lies seinerseits.
S. 117 Zeile 15 von oben: statt der einst lies dereinst.
S. 145 letzte Zeile fehlt hinter dem letzten Wort das Wort Größe.

Digitized by Google

Begriffsbestimmung.

§ 1. Das Wort Civilprozeß wird wie das umfassendere Wort Prozeß in einem zweifachen Sinne gebraucht: es bezeichnet einmal gewisse Thätigkeiten, es bezeichnet aber ferner auch die Rechtsregeln, denen diese Thätigkeiten unterworfen sind. In letzterem Sinne spricht man von römischem, deutschem Prozesse, um das römische, deutsche Prozeßrecht zu bezeichnen.

Bei der Feststellung des Begriffes Civilprozeß als eines bestimmten, in die Sinne fallenden historischen Vorganges, also jener ersteren Wortbedeutung, muß von den gegebenen Erscheinungen des Lebens ausgegangen werden. Diese vertragen keine aprioristische Behandlung; es ist deshalb verkehrt, aus dem Grunde, weil in vielen Prozessen gestritten wird, den Streit zum Begriffsmerkmal des Civilprozesses zu erheben und im Interesse der Durchführung der so gewonnenen Definition denjenigen, der im Prozesse kein Wort eines Widerspruches laut werden läßt, so zu behandeln, als ob er streite. Die Erfahrung, daß tagtäglich im Interesse des Rechtsschutzes eine große Anzahl von Handlungen vorgenommen wird, die Niemand anders bezeichnen kann als mit dem Worte Prozeß, bei denen aber nicht im geringsten gestritten wird, beweist, daß es unrichtig ist, zu sagen, der Civilprozeß sei ein Rechtsstreit[1]). Hieraus folgt von selbst, daß als Zweck des Prozesses nicht die Erledigung eines Rechtsstreits hingestellt werden darf[2]). Eine durch diese Anschauung beeinflußte Begriffsbestimmung

[1]) Die bloße Unterlassung der Anerkennung ist noch kein Streit, wie Birkmeyer meint (Grundriß I, S. 4).

[2]) Renaud, Lehrbuch des gem. deutschen Civilprozesses § 1. Sehr einfach, aber aus dem angegebenen Grunde unrichtig ist die Def. von Bayer, Vorträge über den gem. C.-P., S. 1: „Unter Civilprozeß überhaupt versteht man das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten."

Digitized by Google

erweist sich auch noch aus dem Grunde unzutreffend, weil auch da, wo wirklich gestritten wird, mit der bloßen Streiterledigung dem Rechtsschutzinteresse dessen, der den Prozeß begonnen hat, meistens noch keineswegs genügt ist. Auf der anderen Seite darf der Klagezweck nicht mit dem Prozeßzwecke verwechselt werden. Der Prozeß dient den beiden Personen, die in ihm einander gegenübertreten, zur Verfolgung ihrer widerstreitenden Interessen. Auch das Interesse des Klägers geht in vielen Fällen von vornherein auf nichts anderes als auf die Erlangung des Ausspruches der obrigkeitlichen Gewalt, daß eine bestimmte rechtliche Beziehung bestehe oder nicht bestehe. So wenig also die Durchführung des klargestellten Rechtes als das Ziel eines jeden Civilprozesses und deshalb als Begriffsmerkmal desselben bezeichnet werden darf, so wesentlich ist ihm die Richtung auf eine vom Staate ausgehende Klarstellung einer vorhandenen oder angenommenen Rechtsbeziehung. Denn eine Einigung der Parteien über das, was unter ihnen Recht sein soll, ist auch dann nicht Prozeß, wenn sie sich freiwillig dem Ausspruche eines nicht mit obrigkeitlicher Gewalt ausgerüsteten Dritten unterwerfen: in jedem Falle ist hier die Feststellung der Rechtsbeziehungen der Parteien das Erzeugniß einer Privatwillenserklärung.

Endlich ist unterscheidendes Merkmal des Civilprozesses die privatrechtliche Natur des seinen Gegenstand bildenden Rechtsverhältnisses. Will man jedoch dasjenige Recht, welches der Kläger verfolgt, als Anspruch bezeichnen, so muß man auf die gebräuchliche Begriffsbestimmung dieses Wortes, nach welcher es eine auf die Leistung einer Privatperson gerichtete Befugniß einer anderen Person[3]) bezeichnet, verzichten oder die Vorstellung zurückweisen, als könne das verfolgte Recht selbst immer nur ein Privatrecht sein[4]). Denn insbesondere die modernen Privatrechtsordnungen gewähren neben Ansprüchen in dem oben bezeichneten Sinne Rechte, die nur der Staat befriedigen kann[5]). Wer ein Recht der letzteren Art verfolgt, kann deshalb vom Beklagten nur fordern, daß er die staatliche Thätigkeit dulde. Eine solche Leistung kann indeß nie Gegenstand eines Privatrechtes sein, weil sie nur im Prozesse, nicht

[3]) Dernburg, Pandekten I, § 39, Windscheid, Pand. I, § 43. L. Seuffert in Grünhut's Zeitschrift Bd. 12, S. 617.

[4]) Seuffert bei Grünhut, Bd. 12, S. 617 ff. Wach, Handbuch I, § 2.

[5]) Die Klage auf Trennung einer Ehe. Die Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel nach § 667 d. deutschen C.-P.-O.

Digitized by Google

auch außerhalb desselben erfüllt werden kann. Vielmehr enthält die Geltendmachung solcher Rechte einen gegen den Staat gerichteten, nur durch das Urtheil erfüllbaren, aber von der Privatrechtsordnung eingeräumten Anspruch[5a]).

Es ist bisher stets vom Staate die Rede gewesen als derjenigen Macht, deren Entfaltung im Civilprozesse angestrebt wird. Da die Geschichte des Prozesses aber Erscheinungen aufweist, die mit dem Grundsatze, daß aller Rechtsschutz vom Staate ausgehe, nicht im Einklang stehen, so muß der Begriff Civilprozeß bestimmt werden

> als der Inbegriff derjenigen Handlungen, welche zum Zwecke der obrigkeitlichen Feststellung und eintretendenfalls auch der Durchführung durch die Privatrechtsordnung gewährter Ansprüche in rechtlich geregelter Weise vorgenommen werden.

Die Rechtsgrundsätze, welche jene Handlungen zu regeln bestimmt sind, bilden das Civilprozeßrecht.

[5a]) Auch von der in der vorigen Anmerkung erwähnten Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel (§ 667 d. R.-C.-P.-O.) muß behauptet werden, daß sie einen von der Privatrechtsordnung gewährten Anspruch verfolgt. Denn sie verlangt die Feststellung, daß Kläger oder Beklagter in dasjenige Privatrechtsverhältniß eingetreten sei, welches durch einen vorangegangenen richterlichen Ausspruch klargestellt worden ist. Gleiches gilt in den Fällen der §§ 660, 870 C.-P.-O. Näheres in der Lehre vom heutigen deutschen Civilprozeßrecht.

Digitized by Google

A. Das Civilprozeßrecht.

§ 2. Während der einzelne Civilprozeß dem subjektiven Interesse derjenigen Personen dient, welche in demselben als Parteien einander gegenübertreten, steht das Prozeßrecht im Dienste der rechtlichen Interessen aller. Dieses allgemeine Interesse verlangt, daß in den Privatrechtsbefugnissen einzelner die für die Gesammtheit gegebene Privatrechtsordnung geschützt werde. Die Gewährung der Möglichkeit dieses Rechtsschutzes ist Staatsaufgabe und als solche auch zu allen Zeiten, in denen der Staatsgedanke zum Bewußtsein gekommen war, betrachtet worden, wenn auch die Macht des Staates jener Aufgabe nicht zu allen Zeiten gerecht geworden ist.

Die Rechtsschutzpflicht des Staates folgt aus der Natur des Rechtes als eines Ordnungsprinzipes auf der einen und der Eigenschaft des Staates als der verwirklichten rechtlichen Ordnung des zum Gemeinleben vereinigten Volkes auf der anderen Seite. Die Auffassung über die Grenzen seiner Pflicht und über die ihm innewohnende Macht, die durch ihn gewährleistete Ordnung auch gegenüber dem Widerstrebenden zu verwirklichen, bedingen das Maß der Vollständigkeit und die Sicherheit der Bethätigung seiner Rechtsschutzeinrichtungen. Denn von dem Verbote der Selbsthülfe bis zu dem völligen Ausschluß der Möglichkeit, daß eine Rechtsverletzung unausgeglichen bleiben könne, ist ein weiter Schritt. Der Staat kann glauben seiner Aufgabe schon dadurch gerecht zu werden, daß er die Selbsthülfe des Verletzten unter die Aufsicht der Allgemeinheit stellt. Diese Auffassung tritt der persönlichen Freiheit am wenigsten nahe; ihr entspricht die einfachste Form des Prozesses und der Gerichtsverfassung. Die entgegengesetzte Auffassung will der Partei die Rechtsverfolgung abnehmen und auf den Staat übertragen. Sie führt zu einer völligen Beseitigung der Freiheit des Einzelnen, den sie aus einem

Digitized by Google

Subjekte der Rechtsverfolgung zum Objekt der fürsorglichen Thätigkeit des Staates macht. Alle die Wandlungen, die die Auffassung von der Aufgabe des Staates durchlebt hat, und die Einrichtungen, die das Streben nach der Lösung der Staatsaufgabe gezeitigt hat, bilden den Stoff der Prozeßrechtsgeschichte. Doch bleiben zwei aus der Rechtsschutzpflicht hervorgehende Forderungen an den Staat zu allen Zeiten dieselben. Er hat:

1. für das Vorhandensein derjenigen Organe Sorge zu tragen, welche die Rechtsschutzpflicht zu leisten, die Rechtspflege zu üben haben, und
2. Rechtsnormen aufzustellen oder wenigstens zu billigen, nach welchen sich die von den Rechtspflegeorganen oder von den Parteien vor jenen im Interesse des Rechtsschutzes vorgenommenen Handlungen regeln,

d. h. er hat eine Gerichtsverfassung und ein Prozeßrecht zu gewähren. Auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung berühren sich Staats- und Prozeßrecht. Ihre Grenze kann nicht anders bestimmt werden als dadurch, daß alle Rechtsnormen, welche den Parteien wie den Rechtspflegeorganen im Verhältniß zu einander Befugnisse einräumen und Pflichten auferlegen zum Prozeßrecht, alle Satzungen aber, welche nur die allgemeine Möglichkeit des Rechtsschutzes und die rechtliche Stellung der diese gewährenden Organe zum Ganzen des Staates betreffen, zum Staatsrecht zu weisen sind.

I. Die Gerichtsverfassung[6]).

§ 3. Die zur Ausübung der Rechtspflege eingesetzten Organe heißen Gerichte. Die Rechtsgrundsätze aber, welche die Errichtung und Zusammensetzung dieser, die Voraussetzungen für Ausübung des Richteramtes auf der einen Seite und das Verhältniß der Gerichte zu anderen Gerichten und anderen Staatsorganen auf der anderen Seite bestimmen, machen zusammen die Gerichtsverfassung aus.

Indem dieselbe Rechtspflegeorgane einsetzt, überträgt sie ihnen die Ausübung der grundsätzlich dem Staate zustehenden Gerichtsbarkeit d. h. der Befugniß, die Rechtspflege zu üben. Von Altersher aber hat man die Gerichtsbarkeit in die freiwillige und in die streitige geschieden.

[6]) Wetzell, System §§ 31 ff.

Digitized by Google

A. Die freiwillige Gerichtsbarkeit.

§ 4. Unter freiwilliger Gerichtsbarkeit versteht man die Mitwirkung des Staates bei der Gestaltung der Privatrechtsverhältnisse[7]). Es handelt sich dabei

a) um die Herstellung der Rechtsfähigkeit oder um die Ergänzung fehlender Handlungsfähigkeit (Verleihung der juristischen Persönlichkeit — Anordnung einer gesetzlichen Vertretung [Vormundschaft]),

b) um Feststellung des rechtsgeschäftlichen Willens.

In beiden Fällen handelt der Staat im Interesse der Begründung rechtlicher Wirkungen, und zwar weil die ihn angehende Person jene Wirkung begründen will. Da er seine Gerichtsbarkeit d. h. seine Befugniß, im Interesse des Rechts thätig zu sein, nur aus dem freien Willen der Betheiligten ableitet, nennt man sie mit der l. 2 pr. D. de off. proc. 1,16 jurisdictio voluntaria oder freiwillige Gerichtsbarkeit.

Das ältere Recht hat die Ausübung dieser Gerichtsbarkeit in die Formen des Prozesses gekleidet, d. h. man ließ die Personen, welche eine Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse wünschten, in einem Prozesse einander gegenübertreten. Ihrem Einverständnisse gemäß wird diejenige Rechtswirkung, welche sie herbeiführen wollen, als schon eingetreten behandelt, sie wird aber dem Rechtspflegeorgan als eine von der anderen Partei bestrittene bezeichnet. Diese bestreitet jedoch in dem Prozesse selbst die eingetretene Wirkung nicht. Auf diese Weise erzielt man eine jene Wirkung als eingetreten behandelnde Erklärung des Rechtspflegeorgans, während sich in diesem Verfahren der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien kundgegeben hat. Als Beispiele dienen die in jure cessio des römischen Rechts und die Auflassung des älteren deutschen Rechts[8]).

Von diesem sog. Scheinprozesse, welcher die unumgängliche Form für den Ausdruck des rechtsgeschäftlichen

---

[7]) Wach, Handbuch I, S. 47 ff. Drechsler, im A. f. c. P. Bd. 62, S. 406 ff. Renaud, Lehrbuch § 22.

[8]) Keller, röm. Civilprozeß § 24. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts II 190 ff. Laband, vermögensrechtl. Klagen S. 269, 300 ff. Planck, Gerichtsverfahren im Mittelalter I, S. 627 ff.

Digitized by Google

Willens der Partei bildet, ist zu unterscheiden der simulirte Prozeß, der von den Parteien unter Umgehung der ihnen offenstehenden Form des Rechtsgeschäfts zur Einkleidung eines solchen gewählt wird.

B. Die streitige Gerichtsbarkeit.

§ 5. Die streitige Gerichtsbarkeit dient der Aufrechthaltung der bestehenden Rechtsordnung. Hat dieselbe es auch nicht immer mit streitenden Personen zu thun, so entnimmt sie doch wenigstens ihre Befugniß nicht dem freien Willen der Parteien, sondern der obrigkeitlichen Gewalt. Diese Gewalt nennt man Gerichtsgewalt; sie enthält in sich die Befugniß, im Interesse des Rechtsschutzes auch gegen den widerstrebenden Willen thätig zu werden, also einen Zwang auszuüben. Dieser Zwang muß wenigstens in der unausweichlichen Nothwendigkeit bestehen, die vom Gericht vorgenommene Feststellung und die Durchführung des festgestellten Rechtes zu erdulden.

Die Ausübung dieser Gerichtsgewalt ist den Gerichten übertragen, mit dem Ausdruck Gericht aber darf man nicht die Vorstellung der Person des Richters verbinden, schon deshalb nicht, weil der Person des Richters nicht zu allen Zeiten die nämlichen Funktionen übertragen waren; man hat unter Gericht vielmehr die obrigkeitliche Behörde zu verstehen d. h. die Gesammtheit derjenigen Personen, welche in einer Sache die Gerichtsgewalt auszuüben haben[9]). Unter diesen Personen nimmt diejenige, welche im Namen der Obrigkeit den von den Parteien begehrten Ausspruch über das klagweise verfolgte Recht thun soll, die wichtigste Stellung ein. Ihr gegenüber erscheinen alle anderen nur als Neben- oder Hilfspersonen.

1. Die innere Gerichtsorganisation.

a. Der Richter.

§ 6. Richter ist, wer berufen ist, den Prozeß zu entscheiden d. h. die Erklärung abzugeben, ob das den Gegenstand der Rechtsverfolgung bildende Recht besteht oder nicht besteht.

Gleichgültig ist dabei, ob der Richter diejenige Denkthätigkeit, welche zur „Findung des Urtheils" d. h. zur Er-

[9]) Wach, Handbuch I § 24 IV.

Digitized by Google

kenntniß der Wahrheit, daß das verfolgte Recht vorhanden oder nicht vorhanden sei, selbst vorgenommen hat oder von einer anderen Person hat vornehmen lassen. Auf diesem Gegensatze von Richter und Urtheiler beruhte die den altgermanischen Prozeß kennzeichnende Theilung der Rechtsprechung. Gleichgültig ist ferner, ob der Richter eine ihn bindende Anweisung darüber erhält, unter welchen Voraussetzungen nur er den Anspruch des Klägers als vorhanden feststellen soll, oder ob er selbständig darüber entscheidet, von welchen Bedingungen das gegenwärtige Dasein des klägerischen Rechtes abhängt. Auf dieser Theilung zweier grundsätzlich im Richteramt vereinigten Funktionen beruht der Gegensatz von jus und judicium im römischen Recht. Es ist ferner gleichgültig, ob der Richter nur das Recht auf gegebene Thatsachen anwendet, über die zweifelhaften Thatsachen aber andere Personen entscheiden läßt, oder ob er die nach juristischer Beurtheilung der vorgetragenen Thatsachen für seine Entscheidung erheblichen, aber angezweifelten Thatumstände selbst feststellt. Auf jenem Gegensatze der Rechts- und Thatfrage beruht die in England und Nordamerika bestehende Einrichtung der Civiljury d. h. des im Civilprozeß thätigen Schwurgerichts.

In allen diesen Fällen ist Richter der, der den maßgebenden, prozeßentscheidenden Ausspruch thut.

§ 7. Der Richter kann Berufsrichter oder Volksrichter (Laie) sein. Dieser Gegensatz beruht nicht darauf, daß der erstere vom Staate für immer oder für eine längere Zeit, der letztere für den einzelnen Prozeß bestellt ist, auch nicht darauf, daß der erstere Rechtskenntnisse besitzt, der letztere nicht. Vielmehr ist Berufsrichter derjenige, der um deswillen zum Richter bestellt ist, weil er rechtsgelehrte Bildung genossen hat, Volksrichter jeder, für welchen juristische Bildung nicht Vorbedingung seiner Berufung ist. So sind die Beisitzer unserer Kammern für Handelssachen Volksrichter, obwohl sie für längere Zeit angestellt sind und obwohl man in ihnen ein gewisses Maß von Verständniß für kaufmännische Rechts- und Thatfragen voraussetzt, ein Professor des Rechts wird dadurch, daß er als Schöffe die Funktionen des Richters versieht, nicht Berufsrichter, weil er diese Ehre nicht seiner juristischen Bildung verdankt.

Von juristischer Bildung und daher von Berufsrichtern kann natürlich da nicht die Rede sein, wo das Recht nur in einer im Volksbewußtsein ruhenden, im einzelnen Falle sich

Digitized by Google

bethätigenden Rechtsüberzeugung besteht oder wo die Rechtsnormen und die von ihnen beherrschten Lebensverhältnisse so einfach sind, daß ein Jeder das gesammte Recht seines Staates wissen und ohne Schwierigkeit anwenden kann. Diese Schwierigkeit wächst, wenn mit dem Steigen der Cultur die Lebensverhältnisse mannigfaltiger und verwickelter werden, wenn das Recht nur mehr allgemeine Normen geben kann, deren Anwendung auf die konkreten Thatsachen ein durch geistige Gewöhnung gesteigertes Maß von Intelligenz, die Beherrschung des objektiven Rechtes aber ein geistiges Hineinleben erfordert. Die Volksrichter behalten alsdann noch regelmäßig ihre Sitze, aber es kehren auf denselben stets dieselben Personen wieder, es entwickelt sich auf diese Weise ein Berufsrichterthum, dem endlich der Laie vollständig weichen muß. Wenn man bei den hochgestiegenen Anforderungen, die der gegenwärtige Rechtszustand an die Person des Richters stellt, Laien zur Rechtsprechung in Civilsachen zuzieht, wie dies in mehreren großen Culturstaaten thatsächlich der Fall ist, so ist die Absicht dabei keineswegs die, dem Laien alle Funktionen der Rechtsprechung ausschließlich zu übertragen, sondern vielmehr die, dem Berufsrichter die *Hülfe* des Laien zu gewähren, sie also beide nebeneinander wirken zu lassen und einem Jeden denjenigen Theil der Arbeit zu überweisen, den er vermöge der gerade ihm innewohnenden Eigenschaften am sichersten bewältigen kann. Mag man dabei dem Laien die Entscheidung nur darüber einräumen, ob eine *Thatsache* wahr sei oder nicht, oder mag man ihn gleichberechtigt neben den Richter stellen, damit er wie dieser auch das *Recht* anwende, in jedem Falle übersteigt die Schwierigkeit der Aufgabe, ein auch nur einigermaßen verwickeltes Beweismaterial geistig zu beherrschen, das Können der weitaus größten Zahl der Volksrichter. Diese sinken, wie die Erfahrungen namentlich im Strafprozeß beweisen, neben dem Berufsrichter entweder zu völliger Bedeutungslosigkeit herab oder sie werden dem peinlichen Bewußtsein ausgesetzt, vor eine zu hohe Aufgabe gestellt zu sein, einem Bewußtsein, das viele dazu führt, sich an Nebendinge zu klammern oder sich von unberechtigten Gefühlen zu willkürlichen Entscheidungen fortreißen zu lassen. Den Zweck, dem Richter eine Quelle für die Erkenntniß der etwa einem besonderen Berufe eigenen Anschauungen und Gebräuche zuzuführen (Handelsrichter!), erreicht man auf anderem Wege, und die Gefahr formalistischer und unsachgemäßer Behandlung der Rechtssachen vermeidet

Digitized by Google

man, wenn man das Verfahren so einrichtet, daß der Berufsrichter nicht verhindert wird, seine durch unausgesetzten Verkehr mit dem Publikum genährten, mit den Anschauungen des Volkes im Einklang erhaltenen Auffassungen unter vernünftiger Erwägung aller Umstände des einzelnen Falles zur Geltung zu bringen[10]).

Da für Uebernahme der Stellung eines Berufsrichters ein gewisses Maß rechtsgelehrter Bildung nothwendige Vorbedingung ist, so hat man in fast allen Staaten die Ablegung einer oder mehrerer Staatsprüfungen und erfolgreiche praktische Vorbereitung gefordert. Wer den Nachweis seiner Befähigung geführt hat, kann als Richter angestellt werden, wozu es der grundsätzlich unwiderruflichen Ernennung bedarf. Die Rechte, die der Angestellte erwirbt und die Pflichten, die ihm sein Amt auferlegt, sind lediglich staatsrechtlicher Natur. In ein Rechtsverhältniß zu den Parteien tritt nie die Person des Richters, sondern die durch ihn vertretene Gerichtsbehörde[11]).

§ 8. Wenn mehrere Richter nebeneinander in der Weise thätig werden, daß der Beschluß der Gesammtheit als einheitliche Willenserklärung des Gerichtes gilt, so bezeichnet man letzteres als ein Kollegialgericht; wird das Gericht durch einen einzigen Richter thätig, so nennt man diesen Einzelrichter.

In welchen Fällen jenes, in welchen dieser zu handeln hat, ist vorzugsweise eine Gerichtsverfassungsfrage, doch ist es nicht angängig, dem Willen der Parteien im einzelnen Falle allen Einfluß hierauf zu entziehen.

Was die Rechtsprechung des Einzelrichters auszeichnet[12]), ist die Möglichkeit einer einfachen und deßhalb raschen und billigen Prozeßerledigung: leichter zugänglich und besser vertraut mit den Verhältnissen und den Eigenschaften der rechtsuchenden Personen vermag er leichter als das Kollegialgericht, Vergleiche zu schließen, unfruchtbares Streiten zu verhindern und Entscheidungen zu fällen die mehr Vergleichsvorschläge sind als Anwendung abstrakten Rechtes. Man weist deshalb dem

[10]) Diese Ausführungen konnten natürlich nur Andeutungen der in neuerer Zeit wieder vielfach erörterten Frage nach dem Bedürfniß der Zuziehung des Laienelementes enthalten.

[11]) Laband, Staatsrecht d. deutsch. R. III, S. 284 definirt Behörde als das ideelle Subjekt derjenigen Rechte und Pflichten, welche mit der Führung der zu einem Amte geeinigten Geschäfte verknüpft sind.

[12]) Vgl. Wetzell, System § 36. Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit u. s. w. I, S. 345.

Digitized by Google

Einzelrichter alle geringfügigeren und diejenigen Sachen zu, die schleuniger Erledigung bedürfen. Dagegen bietet die kollegiale Rechtsprechung die Gewähr gründlicherer und juristisch richtigerer Entscheidung, aber sie ist langsamer und schwerfälliger, aus diesem Grunde auch kostspieliger als die des Einzelrichters. Man weist ihr deshalb die wichtigeren und vermuthlich verwickelteren Sachen zu.

Das Kollegium handelt als Einheit; als Wille dieser Gesammtheit aber gilt der übereinstimmende Wille der Mehrheit seiner Mitglieder, welcher regelmäßig nach vorangegangener Berathung durch Abstimmung gewonnen wird. Gerade diese Berathung ist es, die Kollegialbeschlüssen einen hohen Vorzug gewährt vor Entschließungen des Einzelrichters, einen Vorzug, der nicht sowohl darin seinen Grund hat, daß sich in ihnen die Ansichten mehrerer zusammen fassen, als vielmehr darin, daß die Anschauung des Einzelnen durch den Kampf der Meinungen an Klarheit und Objektivität gewinnt. Freilich kann dieser Vorzug wieder verloren gehen, wenn das Verfahren so gestaltet ist, daß die Mehrheit der Kollegialmitglieder sich ihre Meinung nur auf Grund des Vortrages eines Mitgliedes (des Berichterstatters, Referenten) bilden kann, welches dann ein natürliches Uebergewicht über die gar nicht oder minder gut vorbereiteten Mitglieder erlangt, und wenn das Kollegium aus zu vielen Mitgliedern besteht. Denn in dem letzteren Falle vermindert sich das Bewußtsein der Verantwortlichkeit des Einzelnen, und die Berathung büßt leicht diejenige Ruhe ein, welche der Gegenstand fordert.

Die Schwerfälligkeit des kollegialen Apparates führt regelmäßig zu einer Abschwächung dieses Systems: in der That erreicht man seine Vorzüge, wenn man dem Kollegium die Prozeßentscheidung und damit die Entgegennahme des Prozeßstoffes zuweist, prozeßleitende Anordnungen aber der selbständigen Entschließung des Vorsitzenden überläßt und die Möglichkeit der Uebertragung gewisser Funktionen auf ein einzelnes Mitglied da gestattet, wo die Durchführung der Kollegialität auf Schwierigkeiten stößt, ohne unbedingt geboten zu sein.

b. Die Hilfspersonen[13]).

§ 9. Die vor und vom Gericht vorgenommenen Handlungen bedürfen der Beurkundung. Diesem Gebote hat man schon

[13]) Wetzell, § 36 II und III. Renaud, Lehrbuch, §§ 15, 16. Planck, Lehrbuch I, §§ 32, 33.

Digitized by Google

zu einer Zeit Rechnung getragen, als die Schreibenskunde noch im Besitze weniger bevorzugten war. An das Bedürfniß der Beurkundung reiht sich von selbst das der Sammlung und Aufbewahrung der aufgenommenen Urkunden (Akten), sowie das der Ertheilung von Abschriften und Zeugnissen aus denselben. Alle diese Thätigkeiten hat man von jeher einer neben dem Richter angestellten Person, dem Schreiber, Gerichtsschreiber, Aktuarius, Notarius übertragen. Doch braucht das Gerichtsschreiberamt nicht nothwendig ein selbständiges zu sein, sein Träger kann auch als ein im Dienste des Richters stehender, von diesem abhängiger Beamter gedacht werden.

Auch die Vollziehung richterlicher Handlungen wird zweckmäßig dem Richter abgenommen und besonderen Beamten übertragen. Für das Verhältniß dieser Beamten zum Richter haben sich zwei Systeme entwickelt. Das eine vereinigt die ganze Fülle der Gerichtsgewalt in der Person des Richters, die Vollzugspersonen sind seine Gehilfen, die von ihm abhängig in seinem Namen handeln. Dieses System war das des gemeinen deutschen Civilprozesses und hat von diesem aus seinen Eingang in die meisten partikularen Prozeßordnungen Deutschlands gefunden. Das andere System nimmt aus der Richtergewalt die Funktion des Vollzuges heraus und macht jene Hilfspersonen zu selbständigen Rechtspflegeorganen. Dasselbe ist altgermanischen Ursprungs, hat sich im französischen Recht erhalten und ist später in einzelne deutsche Gesetzgebungen, schließlich, wenn auch mit Einschränkungen, in die des deutschen Reiches, übergegangen[14]). Es birgt, ohne daß es als Consequenz gewisser Grundsätze des Verfahrens angesehen werden müßte, die Gefahr in sich, daß die diesen untergeordneten Beamten übertragenen Handlungen mit geringerer Sachkenntniß, geringerer Sorgfalt und minderem Pflichtbewußtsein vorgenommen werden, und es ist nichts als eine Täuschung, die Kontrolle der Partei für besser oder auch nur gleichwerthig zu achten der Aufsicht des Richters, in dessen Namen der Vollzugsbeamte nach dem anderen System handelt. Auf der anderen Seite enthält dieses französische System eine Entlastung des Richters von einer Menge zeitraubender und untergeordneter Geschäfte, es ermöglicht die Verminderung der Richterzahl und nöthigt die Partei zu größerer Selbstthätigkeit als sie nach dem gemeinrechtlichen System nöthig hat.

[14]) **Wach, Handbuch** I § 25. Motive zum deutschen Gerichtsverfassungs-Ges. (§§ 155, 156).

Digitized by Google

§ 10. Eine ausschließlich dem Prozeßrecht angehörige Frage ist die nach der Gerichtsbesetzung bei Vornahme einzelner prozessualischer Handlungen d. h. die Frage, ob der Richter die zu seiner Unterstützung angestellten Personen zu seinen einzelnen Handlungen auch thatsächlich heranziehen muß? Diese Frage ist grundsätzlich überall da zu verneinen, wo jene Nebenperson nur Hilfsperson ist und der Richter ihrer Unterstützung nicht bedarf. Allein in manchen Rechtssystemen ist das Hilfsorgan zum Kontrollorgan geworden d. h. man hat jene Personen zu Wächtern darüber bestellt, ob der Richter gesetzmäßig verfährt. Wo diese Anschauung herrscht, da ist wenigstens die Zuziehung einer Urkundsperson zur Gültigkeit richterlicher Handlungen erforderlich.

§ 11. Die Civilrechtspflege wird im einzelnen Falle geübt im Privatinteresse der Parteien. Dieser Grundsatz muß jedoch da Ausnahmen erleiden, wo das allgemeine Interesse mit dem Privatinteresse Einzelner in Widerstreit geräth oder das letztere völlig ausschließt. In einem solchen Falle bedarf es der Verkörperung des öffentlichen Interesses in Gestalt einer als Partei auftretenden, aber im Namen des Staates handelnden Person[15]). Wo das Institut der Staatsanwaltschaft besteht, hat man die Wahrung des öffentlichen Interesses regelmäßig dieser Behörde übertragen. In diesem Falle handelt der Staatsanwalt nicht als Rechtspflegeorgan[16]). Wohl aber wird er als solches dann thätig, wenn er nur das öffentliche Interesse an der Civilrechtsprechung überhaupt wahrnimmt. Denn hier gestaltet sich das allgemeine Interesse nicht zum Parteiinteresse, es beschränkt sich darauf, daß in einem unter Privatpersonen anhängigen Prozesse das Gesetz zur Geltung komme. Ob diesem Bedürfniß nicht schon dadurch vollständig Rechnung getragen wird, daß man zur Handhabung der Civilrechtspflege Richter beruft, die das Gesetz anzuwenden besonders verpflichtet sind, ist eine rechtspolitische Zweckmäßigkeitsfrage, die man in Frankreich verneint, in Deutschland und in den meisten andern Kulturländern bejaht hat. In Frankreich sind deshalb dem ministère public auch im Civilprozeß weitgehende Befugnisse

[15]) Planck, krit. Vierteljahrsschrift IV S. 270. Lehrbuch I § 34. Wach, Handbuch I S. 319.

[16]) Es bedarf keiner Erörterung, daß sich von dem oben besprochenen Falle der Geltendmachung des öffentlichen Interesse der Fall unterscheidet, in welchem der Fiskus ein Privatrecht verfolgt.

Digitized by Google

eingeräumt worden. Sein Vertreter hat bei den Kollegialgerichten nach dem Vortrage der Parteien einen gutachtlichen Antrag zu stellen und im Interesse der Rechtseinheit die Befugniß, unabhängig von der Partei die Entscheidung des höchsten Gerichtshofes anzurufen. Mit Recht hat man, als die Frage nach der Zuziehung der Staatsanwaltschaft zur Civilrechtspflege auch in Deutschland wieder erörtert wurde, diese Einrichtung im Prinzip verworfen. Sie ist geeignet, das Ansehen der Gerichte zu schädigen, diesen und damit der wirklichen Rechtsprechung die besten Kräfte zu entziehen und das Verfahren zu verzögern, dabei aber ist sie aus dem Grunde entbehrlich, weil das Gericht an das Gutachten der Staatsanwaltschaft nicht gebunden ist, die Gewöhnung an die Unterbreitung vollständig motivirter Urtheilsvorschläge aber den Richtern die Neigung zu eigener Denkthätigkeit benimmt.

2. Aeußere Organisation der Gerichte.

§ 12. Die äußere Organisation der Gerichte bestimmt das Verhältniß der einzelnen Gerichte desselben Staates zu einander. Die Menge der einzelnen zu erledigenden Rechtsangelegenheiten und die Verschiedenheit der Aufgaben, welche im Interesse der Rechtspflege von den Gerichten gelöst werden müssen, macht die Einsetzung mehrerer Gerichte zur Nothwendigkeit. Damit ist von selbst für die Gerichtsverfassung die Verpflichtung gegeben, die Gerichtsgewalt der einzelnen Gerichte in ihrem gegenseitigen Verhältniß abzugrenzen. Dieses Verhältniß ist entweder das der Ueber- und Unterordnung oder das der Gleichberechtigung.

§ 13. Eine Behörde ist einer anderen dann übergeordnet, wenn sie befugt ist, Willenserklärungen derselben aufzuheben und ihr die Vornahme von Handlungen zu befehlen d. h. mit verbindlicher Kraft aufzutragen. Regelmäßig ist die übergeordnete Behörde auch noch mit einer Strafgewalt ausgerüstet, durch welche sie ihren Geboten den erforderlichen Nachdruck geben kann, m. a. W.: die Zwangsgewalt der übergeordneten ist mit einer Disciplinargewalt ausgestattet. Dieses Verhältniß — wie es am reinsten in der militärischen Disciplin zum Ausdruck kommt — kann nur unter Verwaltungsbehörden bestehen, ist aber auf die Stellung der Gerichte zu einander nicht übertragbar, weil die richterliche Thätigkeit im urtheilen d. h. im

Digitized by Google

Auffinden und Aussprechen der Wahrheit einer gewissen Rechtsbeziehung besteht. Das Wesen der richterlichen Thätigkeit fordert für diese die unbeschränkteste Freiheit[17]). Es folgt hieraus, daß die Macht eines übergeordneten *Gerichtes* grundsätzlich nur in der Befugniß bestehen kann, die Entscheidung des ihm untergebenen Gerichtes aufzuheben. Aber auch die Gewährung dieser Befugniß würde dem Wesen des Richterberufes widersprechen, wenn man sie nur mit dem zufälligen Besitz einer größeren äußeren Machtvollkommenheit verbände, sie muß ihre Rechtfertigung in einer besseren *Urtheilsfähigkeit* des übergeordneten Gerichtes finden. Die letztere Eigenschaft ist bedingt durch die bessere Rechtskenntniß und die größere Zahl der Mitglieder eines Gerichtshofes und führt dazu, dem übergeordneten Gerichte, selbst wenn es der höchste Gerichtshof des Landes sein sollte, eine Kompetenzgrenze zu ziehen, unter welche hinab seine Thätigkeit nicht in Anspruch genommen werden darf. Diese Grenze ist von selbst gegeben durch die Aufgabe, die man dem oberen Gerichte stellt und die in der Nachprüfung des von dem untergeordneten Gerichte bereits gefällten, nach Ansicht einer Partei unrichtigen Urtheils besteht. Es ergiebt sich hieraus, daß eine Stufenfolge mehrerer unter- und bezw. übergeordneter Gerichte vorhanden sein muß, wenn das Prozeßrecht *mehrere* Nachprüfungen gestattet.

§ 14. Mehrere Gerichte derselben Stufe stehen einander gleich. An sich also giebt es für kein Gericht desselben Staates eine andere Grenze der Gerichtsgewalt als die, welche der Macht des Staates überhaupt gezogen ist. Indeß hat die Rücksicht auf die Bequemlichkeit der gerichtsunterworfenen Personen sowie das Bedürfniß einer möglichst gleichmäßigen Vertheilung der Geschäfte auf die einzelnen Gerichte dazu geführt, einem jeden einen *Gerichtsbezirk* zuzuweisen (örtliche, räumliche Kompetenzbegrenzung), es hat ferner die von der Verschiedenheit der Arten von Civilprozeßsachen abhängige Verschiedenartigkeit der Anforderungen, welche die Erledigung jener an die Gerichte stellt, dazu geführt, innerhalb der räumlichen Grenzen eines bestimmten Gerichtsbezirks mehrere Gerichte nebeneinander zu stellen und die Gerichtsgewalt des einen gegenüber der des anderen nach Gesichtspunkten zu begrenzen, die

[17]) Vgl. die Erörterung des Gegensatzes von Justiz und Verwaltung unter § 22.

Digitized by Google

der Art der Prozesse und demnach der Art der an das Gericht gestellten Anforderungen entnommen sind. Man spricht in diesem Falle von gegenständlicher (sachlicher) Kompetenzbegrenzung. Sie ermöglicht dem Staate, durch die verschiedenartige Zusammensetzung der Gerichte den verschiedenartigen Rechtsschutzbedürfnissen Rechnung zu tragen, vor den Einzelrichter zu verweisen was am besten durch diesen, vor Gerichtskollegien zu bringen was besser durch diese entschieden wird.

II. Die Rechtsgrundsätze über das Verfahren in Civilprozessen.

§ 15. Was dem Civilrecht sein eigenartiges Wesen verleiht, ist die in ihm vollzogene rechtliche Gestaltung des Verhältnisses, welches zwischen den privatrechtlichen Interessen der Einzelnen und dem staatlichen Interesse an der Aufrechthaltung der Rechtsordnung besteht[18]). Das letztere Interesse kommt nicht im Civilprozeßrecht allein, sondern vornehmlich im Staats-, im Straf- und im Strafprozeßrecht zur Geltung; daß der Civilprozeß zunächst dem privaten Interesse Einzelner dient, ist nicht geeignet, ihn als eine bloße Bethätigung von Privatrechten erscheinen zu lassen: es ist die Verbindung dieser beiden Interessen, was das Civilprozeßrecht auf der einen Seite dem Staatsrecht, auf der anderen Seite dem Privatrecht entrückt und zu einem besonderen Zweige des öffentlichen Rechtes gestaltet. Daß der Staat die Privatrechtsordnung in seinen Schutz nimmt, ist der Grund, weshalb er sich im Interesse der Privatrechte Einzelner einem öffentlichrechtlichen Rechtsschutzanspruche des Einzelnen unterwirft. Diese beiden Seiten des Civilprozeßrechts müssen in gleicher Weise berücksichtigt werden, um Klarheit über sein Wesen zu erlangen.

A. Das Civilprozeßrecht ein Zweig des öffentlichen Rechts.

§ 16. Das Civilprozeßrecht wird wie das Prozeßrecht überhaupt zu einem Theile des öffentlichen Rechtes dadurch, daß es die Grundsätze aufstellt, nach welchen der gegen den Staat gerichtete Anspruch auf Gewährung des Rechtschutzes verwirklicht wird. Es folgt hieraus

[18]) Vgl. Bülow, A. f. civ. Pr. 64 S. 12.

Digitized by Google

a) für diese Grundsätze selbst, daß sie den den Vorschriften des öffentlichen Rechts beiwohnenden zwingenden Charakter tragen müssen, und daß
b) zur Gesammtheit derselben alle diejenigen Normen gerechnet werden müssen, welche der Verwirklichung des Rechtsschutzanspruches dienen.

1. Der zwingende Charakter der Prozeßrechtsnormen[19]).

§ 17. Der von Papinian (l. 38 D. de pactis 2,14) ausgesprochene Grundsatz: Jus publicum privatorum pactis mutari non potest herrscht auch im Prozeßrecht und bedeutet in ihm den Ausschluß des sog. Konventionalprozesses d. h. die Ungültigkeit von Parteiabreden, welche bezwecken, einen Civilprozeß in Formen zu verhandeln, welche von den vom Staate aufgestellten abweichen, oder Prozeßhandlungen, die diesen Formen entsprechen, mit anderen Wirkungen auszustatten als sie nach dem Gesetz haben sollen. Der Richter würde durch derartige Vereinbarungen zum Schiedsrichter gemacht, d. h. es würde durch Vertrag die Person des Richters an die Stelle der durch Gesetz berufenen Staatsbehörde gesetzt. Das mag zulässig sein, aber wie schon oben (§ 1) bemerkt wurde, macht man durch solche Vereinbarungen die angestrebte Feststellung zu einem Ergebniß der Privatwillkür, nicht eines Prozesses, und es kann der Fall vorkommen, daß erst im Wege des Prozesses klar gestellt werden muß, ob die Parteien an den von ihnen geschlossenen Schiedsvertrag gebunden sind oder nicht.

Wenn z. B. das Gesetz bestimmt, daß die Parteien ihre Erklärungen schriftlich abgefaßt dem Richter überreichen und daß letzterer sich sein Urtheil auf Grund dieser Schriftstücke bilden solle, so bleibt die Abrede, nach welcher die Parteien ihre Rechtsangelegenheit dem Richter mündlich vortragen wollen, für alle Theile unverbindlich: der Richter darf den mündlichen Vortrag nicht berücksichtigen. Wenn ferner das Gesetz anordnet, daß die Erklärungen der einen Partei dann als zugestanden angesehen werden sollen, wenn die andere Partei auf dieselben nicht antwortet, so überhebt eine Parteiverabredung, die in dem Nichtantworten ein Bestreiten erblicken wollte, den

[19]) Vgl. hierzu namentlich Bülow, im A. f. civ. Pr. Bd. 64 S. 1 ff. Wach, ebendas. S. 220 ff. Handbuch I § 15 III.

Digitized by Google

Richter doch nicht der Pflicht, das abweichende Gesetz anzuwenden[20]).

Wie die Parteien, so ist auch der Richter durch die zwingende Kraft des Prozeßgesetzes gebunden: er ist Organ des Staates zur Anwendung, nicht zur Schaffung prozeßrechtlicher Normen. Stattet ihn das Gesetz selbst aber mit der Befugniß aus, prozeßrechtliche Institute neu zu bilden, mit einer Befugniß, die z. B. dem römischen Prätor ertheilt war und die zur Herstellung sog. Amtsrechts, eines jus honorarium auch im Gebiete des Verfahrens führt, so erschöpft sich sein Verhältniß zu dem Ganzen des Staates eben nicht durch seine richterliche Gewalt.

2. Der Umfang des Prozeßrechts.

§ 18. Wie oben (§ 1) in der Begriffsbestimmung des Civilprozeßrechts angedeutet wurde, erfüllt der Staat die ihm obliegende Aufgabe, das objektive Privatrecht zu schützen, nicht durch bloße Klarstellung der zwischen zwei Personen obwaltenden Rechtsbeziehungen. Nichtsdestoweniger ist dies die nächste und bleibt in zahlreichen Fällen die einzige Aufgabe des Privatrechtsschutzes. Denn abgesehen davon, daß viele Prozesse nur dem Zwecke dienen, Klarheit über die Existenz privatrechtlicher Ansprüche zu gewähren, bedarf es häufig nur dieser richterlichen Feststellung, um dem guten Willen der Parteien dem Rechte gemäß zu leben, für ein bestimmtes Verhältniß eine Anweisung zu ertheilen. Feststellen aber heißt: unanfechtbar aussprechen, was unter den Parteien Rechtens ist[21]). Dieser Ausspruch des Richters heißt Urtheil, seine Unanfechtbarkeit Rechtskraft. Aber die Möglichkeit des Mangels jener Loyalität setzt dem Staate die zweite Aufgabe: den dem festgestellten Rechte widerstrebenden Willen zu brechen, d. h. den zu einer Leistung verpflichteten durch Zwang zur Vornahme derselben anzuhalten oder gegen seinen Willen das zu thun, was der Verpflichtete

[20]) Diese Beispiele können leicht vermehrt werden: Verabreden die Parteien, ihren Prozeß in einer besonderen Verfahrensart, die nach dem Gesetz nicht Anwendung finden dürfte, zu verhandeln, so ist ihr Vertrag ungültig (Ausnahme bei Wach, ital. Arrestprozeß S. 54 ff., 63 ff.). Ungültig ist ferner ein Vertrag, durch den eine Instanz übersprungen wird Vgl. Kohler, prozeßrechtl. Verträge und Kreationen bei Rassow und Küntzel, Band 31 S. 276 ff.

[21]) Schultze, Grundlagen des Konkursrechts X. Derselbe, Privatrecht und Prozeß S. 125.

Digitized by Google

selbst thun sollte[22]). Der Zwang kann, um weitere Rechtskränkungen zu vermeiden, nur dem festgestellten Rechte zur Verfügung gestellt werden, seine Ausübung also besteht in der gegen den Willen des Verpflichteten vorgenommenen Vollstreckung des Rechtsausspruches. Nur dann, wenn es dem Staate gelungen ist, das Recht nicht blos klarzustellen, sondern auch durchzuführen, hat er seinem Rechtsschutzanspruche Genüge geleistet. Es ergiebt sich hieraus, daß der Civilprozeß keineswegs nur „Rechtsvergewisserungsoperation" ist, daß das Verfahren vielmehr in zwei Bestandtheile zerfällt, nämlich in

a) das Feststellungsverfahren d. h. das Verfahren bis zum Urtheil mit Einschluß dieses,
b) die Zwangsvollstreckung d. h. das Verfahren zum Zweck der Vollziehung des Urtheils.

Zum Civilprozeßrecht also gehören alle Rechtsgrundsätze, welche der Feststellung und alle diejenigen, welche der zwangsweisen Durchführung des Rechtes dienen[23]).

Diese beiden Theile des Prozesses stehen nicht immer gleichberechtigt neben einander. Es wird sich später zeigen, daß der Rechtsschutzanspruch des Einzelnen in zahlreichen Fällen sich in der Feststellung erschöpft, und daß in vielen anderen Fällen nur wiederum der Staat leisten kann was der Kläger verlangt. Es fehlt also dort an der Möglichkeit einer Zwangsausübung überhaupt, hier an einem Rechtssubjekt, gegen das die Zwangsgewalt in Thätigkeit gesetzt werden könnte. Andererseits sind zahlreiche privatrechtliche Ansprüche so geartet, daß das Feststellungsverfahren nur als leere Form erscheint, einzig zu dem Zwecke geboten, damit der Richter in seinem Urtheile den Stempel der Vollstreckbarkeit auf das Recht des Klägers drücke und damit dem nun beginnenden Zwangsverfahren die Eigenschaft der Selbsthülfe entziehe. Es gilt dies namentlich von allen denjenigen Ansprüchen, deren Dasein durch eine Urkunde bewiesen werden kann und die der Verpflichtete zumeist weder bestreiten kann noch will. In diesem und in ähnlichen Fällen einfacher und klarer Schuldsachen wird das Feststellungsverfahren als eine lästige, dabei aber den Schuldner zu hinhaltendem Widerspruch reizende Verzögerung empfunden. Die

[22]) Schultze, Privatrecht und Prozeß S. 172 ff.
[23]) Vgl. Drechsler im Arch. f. c. P. 62, S. 407, 409. Schultze, Privatrecht und Prozeß S. 533. L. Seuffert, in Grünhut's Zeitschrift für öff. und Privatrecht XII S. 621. Fischer, preußisches Privatrecht S. 690.

Digitized by Google

meisten Prozeßsysteme haben deshalb für solche Fälle das Feststellungsverfahren vereinfacht oder hinter die Zwangsvollstreckung verlegt, so daß in demselben nicht zu entscheiden ist, ob der beabsichtigte Zwang ein rechtmäßiger sein wird, sondern darüber, ob die bereits begonnene oder vollendete Zwangsvollstreckung eine rechtmäßige war oder nicht. Wennschon in solchen Fällen das Feststellungsverfahren im einzelnen Falle an Bedeutung weit hinter das Vollstreckungsverfahren zurücktritt, so können die entsprechenden Bestandtheile des Prozeßrechts doch nicht anders denn als zwei gleichberechtigte Glieder eines Ganzen behandelt werden.

B. Das Civilprozeßrecht als Schutzordnung für privatrechtliche Ansprüche[24]).

§ 19. Was das Civilprozeßrecht von anderen Zweigen des öffentlichen Rechts unterscheidet, ist die privatrechtliche Natur der Ansprüche, welchen der Civilprozeß als Schutzanstalt dient. Es ist zwar öffentliches Interesse, daß Recht gesprochen werde und daß dies in rechtlich geregelter Weise geschehe, aber wie im einzelnen Falle das Recht solle gehandhabt werden, ist Sache des privaten Interesses der Parteien. Wollte der Staat diesem privaten Interesse entgegentreten, so würde er durch seine Rechtsschutzeinrichtungen die dem Einzelnen durch die Privatrechtsordnung eingeräumte Verfügungsfreiheit wieder entziehen. Er muß deshalb bei der Gestaltung des Civilprozeßrechts von der Anerkennung der Verfügungsfreiheit der Parteien ausgehen, er muß sich selbst in den Dienst dieser Verfügungsmacht stellen, er darf also die Parteien nicht als Mittel zur Erreichung von Zwecken verwerthen, die diesen fern liegen, sondern er kann sie nur als die souveränen Subjekte des seiner Beurtheilung unterbreiteten Privatrechtsverhältnisses betrachten. Es folgt hieraus, daß wie der Parteiwille den Prozeß zur Entstehung bringt, er der staatlichen Thätigkeit auch überall Grenzen zieht. Es zeigt sich dies darin, daß

1. soweit das Verfügungsrecht der Partei reicht, die von der Partei im Prozesse vorgenommenen Handlungen sowie ihre Unterlassungen als Ausdruck des Partei-

[24]) Vgl. hierüber Heinze in Goldammer's Archiv f. Strafrecht, Bd. 24, S. 265 ff.

Digitized by Google

willens hingenommen werden müssen selbst dann, wenn die Partei offenbar ihrem Vortheile entgegenhandelt, daß

2. aber auch die Rechte der Parteien den Einwirkungen des Prozesses nur insoweit unterstellt sein können, als die Parteien selbst über ihre Rechte zu verfügen gewillt waren.

Es wird sich an anderer Stelle zeigen, daß das Verfügungsrecht der Partei im Prozesse in zwei Gestalten auftreten kann, nämlich in der Befugniß Erklärungen abzugeben, die außerhalb des Prozesses gethätigten Rechtsgeschäften gleichstehen, und in dem Rechte, Handlungen vorzunehmen, die der Feststellung der Parteienrechte dienlich oder nachtheilig sind, hier aber sollen jene beiden abstrakten Sätze durch einige Beispiele dem Verständnisse näher gebracht werden.

a) Der Kläger hatte behauptet, daß er das Recht habe, vom Beklagten 1000 Mark zu fordern, Beklagter hatte dieses Recht im Prozesse anerkannt. Der Kläger verzichtet jedoch auf seinen Anspruch. Wollte gleichwohl der Richter die Beklagten zur Zahlung von 1000 Mark verurtheilen, so würde er einen unbefugten Eingriff in das Recht des Klägers begehen (oben zu 1).

b) Der Kläger verlangt, daß der Beklagte zur Zahlung eines gewissen Kapitals nebst Zinsen vom 1. Januar 1884 bis 1. April 1886 verurtheilt werde. Wenn hier der Richter den Zinsenanspruch nicht blos für die genannte Zeit, sondern schlechthin für unbegründet erklärt, so unterwirft er seinem Ausspruche ein Recht des Klägers, über welches dieser gar nicht verfügen wollte (oben zu 2).

c) Der Kläger verlangt nichts weiter, als daß der Beklagte seinen Neubau bis auf eine Höhe von 5 Meter abtrage. Der Beklagte bestreitet, hierzu verpflichtet zu sein. Der Richter findet, daß der Kläger die völlige Niederreißung des Neubaues hätte verlangen dürfen. Aber hierzu darf er den Beklagten nicht verurtheilen (oben zu 2).

Der maßgebende Einfluß des Parteiwillens bewirkt gleichzeitig, daß das Civilprozeßrecht nicht ausschließlich von zwingenden Normen beherrscht sein darf, daß vielmehr neben diesen dem nicht zwingenden (ergänzenden, dispositiven) Rechte ein gleichwichtiger Platz eingeräumt sein muß[25]). Denn das

[25]) Vgl. besonders Bülow, dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsnorm im Arch. f. c. P. Bd. 64, S. 1 ff. Wach, ebendas. S. 220 ff. Hellmann, Lehrbuch S. 5 f.

Digitized by Google

dispositive Recht besteht eben in der Anerkennung des Parteiwillens als nächster Quelle für die Gestaltung der Parteirechte[26]), es muß deshalb, wie es in der Privatrechtsordnung den Hauptbestandtheil der Rechtssätze bildet, auch im Civilprozeßrecht in ein Verhältniß der Nebenordnung zum jus publicum treten. Dieses Verhältniß ist grundsätzlich in folgender Weise zu bestimmen: der Parteiwille entscheidet darüber, ob und durch welche Mittel Verfügung getroffen werde, der Staat bestimmt, unter welchen Voraussetzungen er die einzelne Parteihandlung als Bethätigung der Verfügungsmacht ansehen und welchen Einfluß er dem Thun und Lassen der Partei auf Erfüllung seiner Rechtsschutzpflicht einräumen wolle: dispositiv also müssen alle diejenigen Prozeßrechtsnormen sein, welche sich über Zulässigkeit und Inhalt, zwingend alle diejenigen, welche sich über Form und Wirkungen der Parteiverfügung verhalten.

Diese Unterscheidung von dispositivem und zwingendem Prozeßrecht führt auf den Gegensatz von formellem und materiellem Prozeßrecht. Formelles Prozeßrecht bilden diejenigen Grundsätze, welche die Form der Prozeßhandlungen im weitesten Sinne bestimmen d. h. nicht nur die äußere Gestaltung der einzelnen, sondern auch die Reihenfolge der sämmtlichen Handlungen, die zusammen den Prozeß ausmachen. Materielles Prozeßrecht bilden diejenigen Grundsätze, welche die gegenseitigen Rechte und Pflichten der sog. Prozeßsubjekte d. h. von Parteien und Richter bestimmen[27]).

Die Gegensätze des formellen und materiellen und die des zwingenden und nicht zwingenden Prozeßrechts decken sich nicht, weil verschiedene Eintheilungsgründe zu ihrer Aufstellung geführt haben. Aber im allgemeinen wird der dispositive Satz zugleich materieller, der zwingende zugleich formeller Natur sein.

§ 20. Auf den psychologischen Vorgang der Willensbildung kommt es im Prozesse nicht an. Es ist deshalb gleichgültig, ob die Willensentschließung der handelnden Partei aus der freien Abwägung von Vortheil und Nachtheil oder aus einer Nothlage hervorgegangen ist. So charakterisirt sich die Erklärung, der Gegner solle das Gegentheil einer Behauptung

---

[26]) Dernburg, Pand. I § 32. Windscheid, Pand. I § 30.

[27]) v. Canstein, krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 21, S. 233 ff. Kroll, Klage und Einrede, S. 1. Hellmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, S. 50.

Digitized by Google

der erklärenden Partei beschwören, in sehr vielen Fällen als verzweifelter Versuch, die Wahrheit festzustellen, die durch andere Mittel nicht an den Tag gebracht werden kann. Gleichwohl enthält, wie später gezeigt werden wird, der Eidesantrag eine der wichtigsten Parteidispositionen. Belanglos ist ferner, ob dem Verhalten der Partei eine einseitige Entschließung oder ein unter den Parteien geschlossener Vertrag zu Grunde liegt. Denn auch in dem letzteren Falle ist es immer der Wille der Partei, zu handeln oder nicht zu handeln, der zur Erscheinung kommt. Verträge, durch welche das Verhalten der Parteien im Prozesse bestimmt wird, sind insoweit gültig, als sie nicht gegen das zwingende Recht verstoßen[28]). Aber nicht alle prozeßrechtlichen Verträge haben unmittelbar prozessualische Wirkung. Wenn nämlich einer Partei durch Vertrag ein bestimmtes Verhalten im Prozesse zur Pflicht gemacht wird, die verpflichtete Partei aber gleichwohl das entgegengesetzte Verhalten beobachtet, so kann der Vertragsbruch in demselben Prozesse nur in dem Falle unschädlich gemacht werden, wenn sich nicht an die bloße Thatsache des vertragswidrigen Verhaltens schon prozeßrechtliche Wirkungen anknüpfen[29]). Wenn z. B. die Parteien vereinbaren, der Beklagte solle vor dem Richter nicht erscheinen und sich nicht vertheidigen, so kann ein solcher Vertrag nur mittelbare Wirkung äußern, indem er nämlich den vertragswidrigen Theil ersatzpflichtig macht. Erklärt nämlich der Beklagte seiner Vertragspflicht ungeachtet in dem vom Richter bestimmten Termine und vertheidigt er sich, so genügt diese Thatsache allein, um den Inhalt der Erklärung des Beklagten zum Gegenstande richterlicher Prüfung zu machen, eine Thatsache, die sich nicht ungeschehen machen läßt, die aber durch jenen Vertrag gerade vermieden werde sollte. Verspricht dagegen eine Partei, daß sie mit dem Urtheile des Richters zufrieden sein wolle, obwohl sie im Falle eines ihr nachtheiligen Urtheils noch das eines anderen Richters einholen dürfte, so kann zwar die vertragstreue Partei nicht hindern, daß der Gegner unter Verletzung seiner Vertragspflicht in der That den Antrag auf Erlaß eines ferneren Urtheils stellt, aber sie kann der Wirkung dieses Antrages entgegentreten,

[28]) Vgl. Kohler, Prozeßrechtliche Verträge und Kreationen bei Rassow und Küntzel, Beitr. Bd. 31, S. 276 ff., 481 ff.

[29]) Eine derartige Eintheilung der Verträge läßt leider die anregende Kohler'sche Abhandlung vermissen.

Digitized by Google

indem sie den jetzt angerufenen Richter auf die Vertragswidrigkeit und die aus dieser folgenden Unzulässigkeit des gegnerischen Vorgehens hinweist.

§ 21. Als ein Theil des öffentlichen Rechtes und zugleich als Rechtsschutzordnung steht der Civilprozeß am nächsten dem Strafprozeß.[30]) Auch in diesem wird ein Anspruch verfolgt, nämlich der Anspruch darauf, daß der Verbrecher gestraft werde. Man hat ehedem auch diesen Anspruch als einen privatrechtlichen behandelt und ihn folgerichtig auf den Weg des Civilprozesses verwiesen; aber seitdem diese Auffassung durch die richtige Erkenntniß verdrängt worden ist, daß das Verbrechen neben dem privaten Interesse des Verletzten die allgemeinen Interessen der Gesammtheit schädige, ist der Strafanspruch dem Staate gegeben und die Strafe selbst zur öffentlichen geworden. Diese grundsätzliche Verschiedenheit des Strafanspruches vom Civilanspruche erheischt für die Durchführung jenes ein vom Civilprozesse auch grundsätzlich verschiedenes Verfahren. Die Unterschiede, die zwischen Straf- und Civilprozeß obwalten, haben ihre Quelle aber in der Eigenschaft des Civilanspruches, kraft deren er ein Gegenstand der freien Verfügung der Parteien ist. Diese Verfügungsmacht äußert sich in der Entscheidung, ob über den Anspruch ein gerichtliches Urtheil verlangt und welche Grundlage diesem Urtheil gegeben werde.

a) Der öffentlichrechtliche Anspruch auf Bestrafung des Verbrechers[31]) steht keinem einzelnen bestimmten Rechtssubjekte zu, er kann deshalb nicht Gegenstand des Verzichtes sein, weder eines ausdrücklichen noch eines stillschweigenden, derselbe kann seine Erledigung nur finden in seiner Durchführung. Aus diesem Grunde können auch private Interessen nicht darüber entscheiden, ob die Strafklage erhoben und ob dieselbe, wenn einmal erhoben, zurückgenommen werden solle. Diese Regel wird durch die Thatsache, daß nach gegenwärtig geltendem

---

[30]) John in v. Holtzendorff's Encyklopädie; Strafprozeß §§ 1 ff. Derselbe im Commentar zur deutschen Strafprozeßordnung S. 12 ff. Merkel, Encyklopädie §§ 289 ff. Wach, Handbuch I, S. 78. Heinze, in der Anm. 24 cit. Abhandlung.

[31]) Unter diesem Ausdruck wird hier ein Jeder verstanden, der eine strafbare Handlung begangen hat.

Digitized by Google

Strafrecht in einzelnen Fällen eine Willenserklärung des in seinen Rechten besonders gekränkten Rechtssubjektes die Strafverfolgung erst ermöglicht, keineswegs erschüttert; sie bilden Ausnahmen, in denen weniger das öffentliche Interesse als vielmehr das Rechtsgefühl des Einzelnen gekränkt ist. Jene Natur des Strafanspruches bringt es mit sich, daß die Entscheidung darüber, ob der Strafanspruch durchgeführt werde, in die Hände einer öffentlichen Behörde zu legen ist. Ob der Civilanspruch erhoben, zurückgenommen, gänzlich aufgegeben oder gemindert werde, darüber entscheidet ausschließlich die Privatperson, welche ihn behauptet.

b) Der Strafanspruch besteht nur dann, wenn diejenigen Thatsachen eingetreten sind, die ihn begründen m. a. W., wenn die zu ahndende strafbare Handlung wirklich begangen worden ist. Grundlage des Strafurtheils kann deshalb nur die Feststellung dieser Thatsache sein, das Urtheil muß sich auf die sog. historische Wahrheit stützen. Es folgt hieraus, daß im Strafprozeß nur diejenigen Beweismittel zu verwerthen sind, welche den Richter von jener historischen Wahrheit überzeugen können. Auch der Civilanspruch hängt von thatsächlichen Umständen ab, die festzustellen das Ziel des civilprozessualischen Beweisverfahrens sein muß. Auch der Civilprozeß also will materielle Wahrheit an den Tag bringen. Aber die Parteien können bewirken, daß der Richter sich mit sog. formeller Wahrheit begnügen muß, d. h. sie können eine Thatsache, die nicht wahr, als wahr hinstellen und die Feststellung einer wahren Thatsache verhindern, weil sie die Macht haben, über den Anspruch selbst zu verfügen, also auch berechtigt sind, auf die Feststellung des Sachverhalts in einer Weise einzuwirken, daß dem Richter die historische Wahrheit verschlossen bleibt und er sein Urtheil bauen muß auf Thatsachen, die die Parteien als wahre wollen *behandelt* wissen. Man pflegt den Gegensatz in der Weise auszudrücken, daß man den Civilprozeß als das Herrschaftsgebiet der Dispositions-, den Strafprozeß als das der freien Forschungsmaxime bezeichnet. Die Folge des Gegensatzes ist, daß das *Geständniß* im Civilprozeß für den Richter bindend wirkt, auch wenn er von seiner Unwahrheit überzeugt ist, daß es im Strafprozeß aber nur dann von Werth

Digitized by Google

ist, wenn es der Richter für wahr hält. Deshalb kann der Eid des Angeklagten in einem rationellen Strafverfahren keine Stätte finden. Denn abgesehen davon, daß auch der geleistete Eid nicht stets die Ueberzeugung von der Wahrheit seines Inhalts begründet, würde die Verweigerung des Schwures als Geständniß betrachtet werden müssen. Das Ergebniß wäre, daß derjenige Angeklagte, der den Eid zwar leisten kann, aber aus irgend einem Grunde nicht leisten will, als schuldig betrachtet werden müßte, obgleich er es in Wirklichkeit nicht wäre. Dagegen ist der Parteieneid im Civilprozeß nicht zu entbehren. Die Partei, die den ihr angetragenen Eid leistet, stellt unwiderleglich fest was sie beschworen, nicht weil man ihrem Eide traut, sondern weil der Gegner es hat haben wollen, daß seine Behauptung durch den Eid der anderen Partei widerlegt werden könne; diejenige Partei aber, die sich weigert, den Eid zu leisten, erklärt hiermit, daß sie nicht schwören könne, und räumt also die Thatsache ein, die sie durch den Eid widerlegen könnte. Es ist hier also der Parteiwille, der dem Richter eine Urtheilsgrundlage schafft, welche dieser als wahr hinnehmen muß. Endlich kann eine Rechtsvermuthung, die im Civilprozeß dazu zwingt, eine Thatsache als wahr anzusehen, weil das Gesetz es so will, im Strafprozeß keine Verwendung finden, weil sie den Richter nicht von dem Zweifel befreien kann, ob sie denn gerade im vorliegenden Falle das wahre treffe. Selbstverständlich kann noch viel weniger von einer Fiktion der Schuld oder der Unschuld die Rede sein.

§ 22. Als Anwendung des objektiven Rechts zum Zwecke der Regelung konkreter Angelegenheiten durch ein vom Staate eingesetztes Organ steht die Justiz (Ausübung der Gerichtsgewalt) der Verwaltung gleich. Der Unterschied beider Funktionen der Staatsgewalt aber besteht darin, daß die Justiz ihre Thätigkeit entwickelt[32])

[32]) Ueber diesen Gegensatz verbreitet sich eine außerordentlich zahlreiche Literatur. Hervorgehoben sei E. Meier in der Zeitschrift für deutsches Staatsrecht Bd. I (1867), S. 275 ff. v. Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts §§ 53 ff. v. Sarwey, das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege S. 119 ff. Wach, Handbuch I, § 8.

Digitized by Google

a) auf Grund der behaupteten Thatsache, daß eine Verletzung oder Gefährdung privaten oder öffentlichen Rechtes eingetreten sei und
b) zu dem Zwecke, die vorhandene Störung oder Gefährdung des Rechtsfriedens zu beseitigen.

Die Verwaltung hat es überall nicht mit vorhandenen Störungen der Rechtsordnung zu thun. Sie entwickelt ihre Thätigkeit

a) auf Grund der Thatsache, daß vorhandene Zustände und Verhältnisse dem als richtig erkannten Staatszwecke nicht entsprechen,
b) zu dem Zwecke, diese Zustände und Verhältnisse dem Staatsinteresse entsprechend zu regeln.

Die Verwaltung ist deshalb nur zum Theil Rechtsanwendung, zum Theil ist sie freies Handeln, schöpferische oder ordnende Thätigkeit innerhalb der vom Gesetze gezogenen Grenzen. Die Justiz ist nur Anwendung des Rechtes auf den gegebenen Fall, für sie ist deshalb ausschließlich die abstrakte Rechtsnorm, für die Verwaltung sind auch Zweckmäßigkeitsrücksichten maßgebend. Die Justiz, besonders die Handhabung des Civilprozeßrechts würde aus diesem Grunde zu einer rein abstrakten Thätigkeit des nur nach den Grundsätzen der Denkgesetze verfahrenden kritischen Verstandes werden, wenn es nicht gälte, in jedem einzelnen Falle den Lebensvorgang festzustellen, auf den das Recht angewendet werden soll, und wenn diese Thätigkeit nicht dazu zwänge, der unendlichen Mannigfaltigkeit der Erscheinungen des Verkehrs Meister zu werden und die verschiedenartigsten Lebensbedürfnisse und Anschauungen kennen und verstehen zu lernen.

Jene Verschiedenheit der Aufgaben von Justiz und Verwaltung erheischt auf Seiten der Justiz Einrichtungen, welche die Gerechtigkeit ihrer Ausübung sichern. Gerecht aber ist sie, wenn sie sich darauf beschränkt, lediglich auszusprechen, ob ein bestimmter Lebensvorgang unter das Gesetz fällt oder nicht, und sich rein hält von der Versuchung, bestimmte außerhalb dieser Aufgabe liegende Zwecke erreichen zu wollen, seien es selbstsüchtige, seien es uneigennützige, ideale Zwecke. Da die Auffassungen vom Staatszweck und den Mitteln zu seiner Durchführung dem Wechsel unterworfen sind, das Recht aber über und außerhalb dieser Auffassungen steht, so bedarf es der Ausschließung von Eingriffen der Verwaltung in die Rechtspflege, die man mit dem zu engen Ausdruck „Cabinets-

Digitized by Google

justiz" zu bezeichnen pflegt und welche die Rechtssicherheit auf das bedenklichste in Frage stellen[33]).

Garantien, welche die Reinheit der Rechtsprechung zu sichern geeignet sind, sind

1. die Trennung von Justiz und Verwaltung d. h. die Einsetzung von Behörden, welchen ausschließlich diese und von solchen, denen ausschließlich jene Thätigkeit zugewiesen ist;
2. die Herstellung voller Unabhängigkeit der Richter. Diese Unabhängigkeit bedeutet
   a) Freiheit des Richters im Verhältniß zu seinen Vorgesetzten — Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit der Richter. Diese Garantie ist bei Richtern, die nicht Staatsbeamte sind, von selbst gegeben;
   b) Freiheit des Richters im Verhältniß zum rechtsuchenden Publikum — Unbestechlichkeit im weitesten Sinne. Diese Garantie wird bei Richtern, die nicht Staatsbeamte sind, dadurch herzustellen gesucht, daß man nur die angesehensten und vornehmsten Personen zum Richteramt beruft. Wo Staatsbeamte Recht sprechen, sichert die Erziehung zur Pflichttreue, die Erhaltung und Stärkung des Ehrgefühls und die Gewährung auskömmlichen Lebensunterhaltes, bei beiden Kategorien von Richtern außerdem die Aufstellung von Strafbestimmungen die erforderliche Unzugänglichkeit gegen unberechtigte, von den Parteien ausgehende Einflüsse.

Was Verwaltungs-, was Justiz-, speziell Civilprozeßsache sei, ist nicht in allen Fällen leicht zu entscheiden. Diese Frage wird nur umgangen, nicht beantwortet, wenn man, was im allgemeinen zutrifft, sagt, der Civilprozeß habe das Privatrecht, die Verwaltung das öffentliche Recht zum Gegenstande. Denn eben diese Grenzlinie ist nicht mit Sicherheit an allen Stellen erkennbar. Es giebt eine Anzahl dem Privatrechte entsprungener Ansprüche, die doch nur der Staat befriedigen kann (z. B. der Anspruch auf Trennung einer Ehe nach heutigem Recht), es giebt Ansprüche darauf, daß der Staat die privatrechtliche Handlungsfähigkeit einer Person beschränke, es giebt Rechtsverhältnisse, in die der Staat zum einzelnen Individuum treten muß, damit er den Staatszweck fördere:

---

[33]) Vgl. Pfeiffer, die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes, 1851.

Digitized by Google

in allen diesen Fällen darf man sich durch die Betheiligung des Staates über die privatrechtliche Natur des fraglichen Verhältnisses nicht täuschen lassen. Dem öffentlichen Recht gehören nur diejenigen Beziehungen an, in welche auf der einen Seite der Staat zu dem Zwecke, seine Aufgabe zu lösen, auf der anderen Seite der Staatsbürger nicht als Privatperson, sondern als Glied der Gemeinschaft eintritt[34]). Mit diesen Ausführungen können nur allgemeine Unterscheidungsmerkmale aufgestellt werden, denn es ist selbstverständlich, daß das positive Recht die Grenze zwischen beiden Gebieten an anderer Stelle ziehen kann. Es geschieht dies regelmäßig in der Form, daß man für gewisse Ansprüche „den Rechtsweg für zulässig" erklärt, d. h. sie als privatrechtliche im Wege des Civilprozesses festgestellt zu sehen wünscht.

Ein Zweig der Verwaltung ist die Justizverwaltung. Man versteht hierunter nicht die Handhabung der Justiz, sondern diejenige Thätigkeit des Staates, welche dem Gesetze gemäß die Ausübung der Rechtspflege ermöglicht d. h. diejenigen Einrichtungen trifft, die nothwendig sind, damit Recht gesprochen werde. Zu ihr gehört auch die Oberaufsicht über die Justiz. Damit ist nicht gesagt, daß die Justizverwaltung einen Einfluß auf den *Inhalt* der einzelnen Rechtspflegeakte üben und diesen nach besonderen, außerhalb des konkreten Falles liegenden Zwecken bestimmen dürfe, sondern es liegt im Bereiche der Justizaufsicht nur die Sorge dafür, daß das Recht in der vom Gesetze verlangten Art und Weise gehandhabt und Mängel, welche die Erreichung des Zweckes der Rechtspflege entgegenstehen, beseitigt werden.

Den Streit darüber, ob eine bestimmte Rechtsangelegenheit Verwaltungs- oder Justizsache sei (*Kompetenzkonflikt*), entscheidet nach den meisten neueren Gesetzgebungen ein besonderer Gerichtshof. Dieser wird von der Partei unmittelbar angerufen, wenn sich sowohl das Gericht als auch die Verwaltungsbehörde für unzuständig erklären (*negativer* Kompetenzkonflikt), er wird von der Verwaltungsbehörde angegangen, wenn das Gericht sich in einem Falle für zuständig erklärt, in welchem die Verwaltungsbehörde sich für zuständig hält (*positiver* Kompetenzkonflikt). Ein bloßer Kompetenzstreit ist vorhanden, wenn ein Gericht sich gegenüber einem anderen Gericht oder wenn

---

[34]) Vgl. *Wach*, Handbuch I, S. 93 ff.

Digitized by Google

eine Verwaltungsbehörde sich gegenüber einer anderen Verwaltungsbehörde für zuständig oder für unzuständig erklärt[35]).

Endlich sei erwähnt, daß die neuesten Gesetzgebungen vieler Staaten sog. Verwaltungsgerichte geschaffen und diesen die Entscheidungen im Verwaltungsstreitverfahren zugewiesen haben[36]). Die Verwaltung soll sich innerhalb der gesetzlichen Schranken bewegen, es soll das Recht, das dem Einzelnen vom Gesetz gewährt wird, durch einen Akt der Verwaltung nicht beseitigt werden dürfen. Die Gefahr solcher Rechtsverletzungen liegt aber dann besonders nahe, wenn die Verwaltung geführt wird im Sinne der subjektiven Anschauung der jeweilig herrschenden politischen Partei, deren Interessen die Schranken der Gesetze unbequem sind. Wird das Gesetz von einer einzelnen Verwaltungsbehörde niederer oder mittlerer Ordnung bewußter- oder unbewußterweise aus dem Grunde verletzt, weil diese einen mit dem Gesetz nicht zu vereinigenden Zweck verfolgt, so hat die Anrufung der höheren und höchsten Verwaltungsbehörde jedenfalls dann keinen Erfolg, wenn an dieser Stelle dieselbe Auffassung herrscht. Man hat deshalb, wie das Schlagwort lautet, „Rechtskontrollen" der Verwaltung angestrebt und in diesem Sinne unabhängige Behörden geschaffen, welchen die Aufgabe gestellt ist, auf Anruf des von einem Verwaltungsakt Betroffenen darüber zu entscheiden, ob jene Anordnung der Verwaltungsbehörde zu Recht besteht d. h. innerhalb der Grenzen des Gesetzes liegt oder nicht. Das Verfahren, welches in Folge der Inanspruchnahme dieser Behörden vor ihnen sich entwickelt, ist äußerlich dem Civilprozesse ähnlich, indem man den angeblich Verletzten mit der Verwaltungsbehörde wie Parteien mit einander streiten läßt. Diese Aehnlichkeit ist aber in der That eine rein äußerliche. Denn da stets öffentlich-rechtliche Verhältnisse in Frage stehen, muß im Verwaltungsstreitverfahren das allgemeine Interesse voll zur Geltung kommen und vom Verwaltungsgerichte von Amtswegen wahrgenommen werden. Dieses Gericht darf daher, zumal in diesen Angelegenheiten Rechts- und Thatfrage

---

[35]) Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts § 181.

[36]) Auch dieser Gegenstand weist eine zahlreiche Literatur auf. Vgl. besonders die in Anmerkung 32 citirte Schrift v. Sarweys, ferner Gneist, Selfgovernment. 3. Aufl. 1873. Derselbe, Verwaltung, Justiz u. s. w. 1869. v. Stengel, die Organisation der preuß. Verwaltung 1884, S. 488 ff.

Digitized by Google

selten streng von einander geschieden werden können, nicht blos nach der abstrakten Rechtsnorm, sondern es muß selbst wieder nach Zweckmäßigkeitsrücksichten entscheiden. Man hat aus diesem Grunde und weil die ordentlichen Gerichte in Folge der eigenartigen Schulung ihrer Mitglieder Verhältnissen des öffentlichen Rechtes ferner stehen, davon Abstand genommen, den Civilgerichten die Handhabung auch der Verwaltungsrechtspflege zu übertragen, wiewohl die Verwaltungsgerichte der Mitwirkung privatrechtlich gebildeter Richter selten völlig entrathen können.

Digitized by Google

B. Der Prozeß als Lebensvorgang.

§ 23. Der einzelne Prozeß, wie er sich unter bestimmten Personen zum Zwecke der Klarstellung eines bestimmten Rechtsverhältnisses innerhalb der Vorschriften des Prozeßrechts bewegt, ist seiner äußeren Erscheinung nach eine Reihe einzelner von Parteien und Richter vorgenommener Handlungen. Da diese Handlungen einem bestimmten Ziele entgegenschreiten, hat man ihren Inbegriff processus, ihre Vornahme procedere genannt. Man giebt den Sinn dieser Worte nicht vollständig wieder, wenn man sie mit Verfahren oder Rechtsgang übersetzt.

Seinem Wesen nach ist der Civilprozeß ein Rechtsverhältniß eigener Art, welches die Parteien und den Richter in bestimmte rechtliche Beziehungen zu einander bringt, ihnen wechselseitig Rechte gewährt und Pflichten auferlegt.[37])

Diese beiden Eigenschaften des Civilprozesses verdienen gleichmäßige Berücksichtigung. Doch soll mit dem Wesen des Prozesses begonnen werden.

I. Der Civilprozeß als Rechtsverhältniß[38]).

§ 24. Mit dem Verbote der Eigenmacht legt der Staat den seiner Gewalt unterworfenen Personen die Pflicht auf, nur von ihm Recht zu nehmen, und übernimmt er selbst die Pflicht, Recht zu geben. Wenn nun der Einzelne von einem

[37]) So Bülow, Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen S. 4.

[38]) Vgl. namentlich das in Anmerk. 37 citirte bahnbrechende Werk. Jetzt auch Wach, Handbuch I, § 4. Weismann, Hauptintervention § 22. Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts; ferner das mir erst nach Beginn des Druckes zugegangene Werk von Kohler, der Prozeß als Rechtsverhältniß 1888.

Digitized by Google

bestimmten, gerade in diesem Falle zur Ausübung der Staatsgewalt berufenen Rechtspflegeorgane die Klarstellung und Durchführung einer zwischen ihm und einer anderen Person angeblich oder wirklich vorhandenen Privatrechtsbeziehung verlangt, so wird hierdurch einerseits dieses Organ verpflichtet, die Feststellung und Durchführung zu bewirken, andererseits werden die durch jenes Privatrechtsverhältniß mit einander verbundenen Personen verpflichtet, die Rechtsschutzthätigkeit, insbesondere den Rechtsausspruch jenes Organes hinzunehmen. Der Prozeß begründet also ein besonderes Verhältniß zwischen Parteien und Richter, und dieses ist es, was man Prozeßrechtsverhältniß nennt.

§ 25. Zur Erfüllung der dem Gerichte gestellten Aufgabe genügt nicht das einseitige Verlangen einer Partei, daß über ihr Recht entschieden werde, und die bloße Anhörung dieses Verlangens auf Seiten des Richters. Es bedarf hierzu einer Reihe in gegenseitiger Wechselbeziehung stehender Handlungen. Der Inhalt des Prozeßrechtsverhältnisses muß deshalb genauer dahin bestimmt werden, daß er auf beiden Seiten Rechte und Pflichten gewährt zur Vornahme von Handlungen, welche dem Zwecke des Prozesses dienen.

Da dieser Zweck ein einheitlicher ist, so ist auch das Prozeßrechtsverhältniß ein einheitliches[38a]). Denn die einzelnen Handlungen sind insgesammt jenem einen Zwecke in der Weise untergeordnet, daß Recht und Pflicht zu *einzelnen* Handlungen nicht würde bestehen können, ohne Recht und Pflicht zur *Prozeßentscheidung*.

Es frägt sich aber, ob das Prozeßrechtsverhältniß sowohl das Gericht als die beiden Parteien zu positivem *Thun* verpflichtet. Diese Frage ist unbedingt zu bejahen nur hinsichtlich des Inhalts der dem Richter obliegenden Pflicht: denn sowohl sein Urtheil als die Vollstreckung desselben, also diejenigen Handlungen, die die Erfüllung seiner Rechtsschutzpflicht enthalten, sind positive Thätigkeiten; ob er noch zu weiterem aktiven Handeln verpflichtet ist oder

---

[38a]) And. Mein. namentlich *Menger*: System des österr. Civilprozeßrechts I, S. 292, der eine Mehrheit einzelner Rechtsverhältnisse annimmt. So auch *Schultze*: Konkursrecht S. 139. *Derselbe*: Privatrecht und Prozeß S. 48 ff. Dagegen treffend *Wach* I, S. 35. *Kohler*, Prozeß als Rechtsverhältniß S. 2 f.

Digitized by Google

ob er sich auf nur passives Anhören zu beschränken hat, ist jener Thatsache gegenüber gleichgültig. Was die Parteien anlangt, so ist es zwar sehr wünschenswerth, daß sie im Prozesse eine möglichst rührige Thätigkeit entwickeln, daß sie insbesondere das thun, was der Richter von ihnen verlangt. Aber selbst das Gebot des Richters macht die verlangte Thätigkeit nicht zur Pflicht. Denn alle Anordnungen dieses dienen zunächst dem Zwecke, eine gerechte Klarstellung des zum Gegenstande des Prozesses gemachten Privatrechtsverhältnisses herbeizuführen. Als Staatsorgan vertritt er damit das Interesse der Gerechtigkeit d. h. das Interesse, daß das, was er entscheidet, objektiv richtig sei. Jede der Parteien hält aber nur einen solchen Ausspruch des Richters, der zu ihren Gunsten lautet, für den richtigen, es liegt also in ihrem Interesse, alles zu thun, was dazu dienen kann, ein günstiges Urtheil zu erlangen. Es folgt hieraus von selbst, daß alles das, was die Parteien aus eigenem Antriebe thun, nur die Ausübung des ihnen gewährten Rechtes sein kann, auf das Urtheil des Richters zu ihren Gunsten hinzuwirken. Die durch richterliche Anordnung der Partei auferlegten Handlungen gereichen der angeredeten Partei entweder zum Nachtheile oder zum Vortheile. Wem eine Handlung zum Vortheile gereicht, in dessen Belieben steht es selbstverständlich, ob er des Vortheils theilhaftig werden will oder nicht. Wen z. B. der Richter auffordert, sich gegen einen von der anderen Partei ausgehenden Angriff zu vertheidigen, der erreicht durch diese Vertheidigung, auch wenn sie in einem den Erklärungen des anderen entgegengestellten bloßen Nein besteht, doch den in vielen Prozessen durchschlagenden Vortheil, daß der Richter jetzt das Ja der einen Partei nicht höher anschlagen kann als das Nein der anderen. Sich eines Vortheils zu bemächtigen, dazu kann es keine Pflicht geben. Ist die verlangte Handlung aber eine der angeredeten Partei nachtheilige, der Gegenpartei vortheilhafte, so könnte eine Pflicht zu ihrer Vornahme nur hergeleitet werden aus einer etwa jeder Privatperson obliegenden allgemeinen Verpflichtung, unter Hintansetzung der eigenen Interessen dem Staate bei der Sorge um Herstellung objektiv gerechter Urtheile Hilfe zu leisten. Eine solche Pflicht besteht im Strafprozesse, in welchem auch der Angeklagte nur Mittel zur Erreichung eines höheren Zweckes ist. Sie in den Civilprozeß hineintragen, hieße, dessen

Digitized by Google

Wesen als ein Schutzmittel von Privatberechtigungen völlig verkehren. So wenig *außerhalb* des Prozesses für den Einzelnen eine Pflicht besteht, einem anderen privatrechtliche Vortheile einzuräumen, so wenig kann ihm durch das Mittel eines Civilprozesses ein solcher Zwang auferlegt werden. Grundsätzlich haben also alle von den Parteien im Prozesse vorgenommenen Handlungen den Charakter der *Rechtsausübung*, nicht den der Pflichterfüllung. Da nun jede Partei ebenso berechtigt ist, zu handeln wie nicht zu handeln, alle Handlung aber dem Prozeßzwecke dient, dem *beide* Parteien unterworfen sind, so besteht für jede Partei gegenüber der anderen wie gegenüber dem Richter die Pflicht, den Zweck jener Handlungen nicht zu vereiteln. Diese Pflicht haben die Parteien auch außerhalb des Prozesses: keiner darf den andern daran hindern, zur Erreichung seiner Privatrechtszwecke sich aller erlaubten Mittel zu bedienen. Diese Pflicht in den Prozeß übersetzt, verbindet den Einzelnen nur, die Gegenpartei und den im Interesse beider Parteien thätigen Richter nicht an der Vornahme derjenigen Handlungen, welche auf Erreichung des Prozeßzweckes hinarbeiten, zu *hindern*. Die *Pflichten* der Parteien bestehen also in der Hinnahme oder Duldung der von der anderen Partei und dem Richter vorgenommenen Prozeßhandlungen.

§ 26. Diese wechselseitigen Rechte und Pflichten sind Ausfluß des Prozeßrechtsverhältnisses. Derjenige also, welcher einen richterlichen Ausspruch über ein Privatrecht herbeiführen und seinen Gegner verpflichten will, diesen Ausspruch als Norm hinzunehmen[39]), muß vorerst das Prozeßrechtsverhältniß begründen. Wenngleich nun einem Jeden die Möglichkeit offensteht, an ein jedes Rechtspflegeorgan mit der Bitte um eine Erklärung über irgend einen bestehenden oder nicht bestehenden Anspruch heranzutreten und die Thätigkeit desselben für sich in Bewegung zu setzen, so entsteht doch das mit oft schweren Pflichten für alle Theile, namentlich mit einem Aufwande von Mühe, Zeit und Kosten für den

[39]) Es ist dies, wie namentlich oben in § 18 auseinandergesetzt wurde, der nächste Zweck desjenigen, der den Prozeß beginnt, und Voraussetzung für die auf Durchführung seines Rechts gerichtete Thätigkeit; darum wird hier wie in anderen Stellen das Urtheil als das Ziel der Prozeßhandlungen hingestellt.

Digitized by Google

Gegner verbundene Prozeßrechtsverhältniß nur dann, wenn dessen Voraussetzungen gegeben sind. Zu diesen sog. Prozeßvoraussetzungen gehören alle diejenigen Bedingungen, welche zulassen, daß das angerufene Gericht unter diesen Personen eine Entscheidung über den vom Kläger behaupteten Anspruch treffe[40]) und also diejenigen Handlungen vornehme, welche diese Entscheidung möglich machen. Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, so entsteht kein Prozeßrechtsverhältniß; die Handlungen, die gleichwohl zur Erreichung des Prozeßzweckes vorgenommen werden, sind nur scheinbar Prozeßhandlungen, in Wahrheit begründen sie keinerlei Pflichten. Sie sind also mit Einschluß der durch dieselben herbeigeführten Entscheidung wirkungslos, ungültig.

Der Mangel einer Prozeßvoraussetzung liegt entweder:

a) in der Partei, wenn diese Privatrechte nicht haben oder solche vor Gericht nicht verfolgen kann,

b) im Gericht, wenn dieses nicht das Recht oder nicht die Pflicht hat, über diesen Anspruch gegen diesen Beklagten zu entscheiden (Unzulässigkeit richterlicher Entscheidung, Unzulässigkeit einer Entscheidung dieses Gerichts, Unzulässigkeit abermaliger Verhandlung eines und desselben Rechtsstreits).

Diese Mängel lassen sich heben, soweit diejenige Voraussetzung welche im einzelnen fehlt, dem Privatinteresse des einzelnen dient, dadurch, daß der Beklagte dieses Interesse nicht geltend macht; sie lassen sich nicht heben, soweit die fehlende Bedingung im öffentlichen Interesse aufgestellt ist.

Die im Prozesse von Parteien und Richter entwickelte Thätigkeit ist also

1. darauf gerichtet, ein Prozeßrechtsverhältniß zu begründen,
2. das Prozeßrechtsverhältniß zu erledigen.

§ 27. Jeder Civilprozeß hat es demnach zu thun mit zwei Rechtsverhältnissen:

1. mit dem Privatrechtsverhältniß, in welchem die Parteien bei Begründung oder bei Erledigung des Prozesses zu einander standen, welches den Gegenstand der richterlichen Feststellung bildet und welches bewirkt, wie entschieden wird,

[40]) Vgl. Bülow, Prozeßeinreden S. 2 f. Weismann: Hauptintervention S. 113 ff. Schwalbach im Archiv f. c. P. Bd. 68, S. 402.

Digitized by Google

2. mit dem Prozeßrechtsverhältniß, in welches die Parteien durch die Prozeßbegründung zu einander und zum Gericht treten, welches durch das Urtheil nicht festgestellt, sondern erledigt wird, und welches bewirkt, daß entschieden wird.

Die Prozeßhandlungen haben aus diesem Grunde einen doppelten Charakter: sie sind einmal Verfügungen der Parteien über das ihnen zustehende Privatrecht, und sie sind ferner Ausübung prozessualischer Rechte. Der Richter übt, da er nur im Prozeßrechtsverhältniß steht, nur Prozeßrechte aus. Das Prozeßverhältniß aber steht im Dienste des Privatrechtsverhältnisses. Hieraus werden sich wichtige Folgerungen ergeben.

§ 28. Eine Eigenthümlichkeit des Prozeßrechtsverhältnisses besteht darin, daß es fortschreitet und sich entwickelt: es ist nicht auf die Dauer berechnet, es wird nur begründet als Mittel zum Zweck, um es möglichst rasch wieder gelöst zu sehen[41]). Diesem Zwecke dienen die Prozeßhandlungen d. h. diejenigen Thätigkeiten der Prozeßsubjekte, welche darauf abzielen, die unter den Parteien vorhandene Privatrechtsbeziehung klarzustellen und das klargestellte Recht durchzuführen. Da die Klarstellung Wirkung des richterlichen Ausspruches ist, so gehört auch dieser selbst zu den Prozeßhandlungen, ja er nimmt einerseits als Ziel, andererseits als Vorbedingung gewisser Prozeßhandlungen unter diesen die wichtigste Stelle ein. Prozeßhandlung aber ist nur die von den Subjekten des Prozeßrechtsverhältnisses vorgenommene. Es ist zunächst von diesen zu handeln, alsdann von den Prozeßhandlungen selbst.

A. Die Prozeßsubjekte.

§ 29. Im Prozeßrechtsverhältniß stehen die Parteien und der Richter. Beide können in Ausübung ihrer Thätigkeit von anderen Personen unterstützt werden.

1. Die Parteien.

§ 30. Den Gegenstand des Prozesses bildet eine Privatrechtsbeziehung zwischen wenigstens zwei Rechtssubjekten.

---

[41]) Bülow: Prozeßeinreden S. 2. Plósz: Beiträge S. 12. Weismann: Hauptintervention S. 96. Klein: schuldhafte Parteihandlung S. 34 unter 5.

Digitized by Google

Man bedient sich für diese Beziehung des heute üblichen Ausdruckes Anspruch[42]). Wenn man nur mit diesem Worte nicht die Vorstellung verbindet, als bezeichne es ausschließlich eine vom Verpflichteten zu gewährende Leistung, faßt man vielmehr seine Bedeutung weiter als Bezeichnung eines Rechts auf Einräumung eines privatrechtlich erheblichen Vortheils, so ist es in der That geeignet die große Mannigfaltigkeit möglicher Klageinhalte zu umfassen[43]). Diejenige Person nun, welche im Prozesse einen Anspruch behauptet, nennt man Kläger, diejenige, welche vom Kläger als diesem Anspruche unterworfen bezeichnet wird, heißt Verklagter oder Beklagter. Ob der Anspruch wirklich besteht, ob er dem Kläger und ob er diesem gegen den Beklagten zusteht, diese Feststellung eben ist es, welche der Richter durch sein Urtheil treffen soll.

§ 31. Partei kann nur sein, wer Parteifähigkeit besitzt d. h. wer in Privatrechtsverhältnissen stehen, Rechtssubjekt sein kann. Denn von dem, der weder Rechte noch Pflichten haben kann, ist von vornherein klar, daß weder er einen Anspruch erheben, noch daß gegen ihn ein Anspruch gerichtet werden kann. Praktisch bedeutsam wird der Begriff der Parteifähigkeit heutzutage fast ausschließlich bei der Frage, ob eine Personenmehrheit als selbständiges Rechtssubjekt aufzufassen ist oder ob die einzelnen diese Mehrheit bildenden physischen Personen als Berechtigte und bezw. Verpflichtete angesehen werden müssen. So ist z. B. eine Societät nicht Rechtssubjekt. Die Rechte, die diese erworben, stehen den einzelnen Mitgliedern zu, die Schulden der Gesellschaft sind solche der einzelnen Mitglieder. Darum müssen die einzelnen Gesellschafter klagen und verklagt werden, und es ist nur eine vom Gesetz gewährte Erleichterung, wenn Handelsgesellschaften unter ihrer Firma klagen und verklagt werden d. h. wenn mit diesem gemeinschaftlichen Namen die sämmtlichen Mitglieder bezeichnet werden können.

Die Parteifähigkeit muß zu den Prozeßvoraussetzungen gezählt werden. Denn wer nicht Partei sein kann, kann nicht im Prozeßrechtsverhältniß stehen, kann also nicht Urtheil

[42]) Dernburg, Pandekten I, § 39 definirt: „Anspruch ist die Befugniß einer Person gegen eine andere auf eine Leistung bestimmter Art." Die Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel nach § 667 C.-P.-O. fordert aber keine Leistung vom Beklagten. Vgl. oben § 1.

[43]) S. oben § 1. Planck, Lehrb. I, S. 412.

Digitized by Google

verlangen. Wenn z. B. das Krankenhaus der Stadt B auf Zahlung einer Summe in Anspruch genommen und thatsächlich verurtheilt würde, während dieses Krankenhaus keine selbständige Stiftung, sondern nur eine der Stadt B gehörige Anstalt wäre, so würde das Urtheil Niemanden verpflichten d. h. es würde ungültig sein.

§ 32. Prozeßfähig ist, wer selbständig ein Prozeßrechtsverhältniß begründen kann, wer prozessualisch handlungsfähig ist. Diese Fähigkeit fehlt denjenigen Personen, die einen Willen nicht haben können d. h. allen juristischen Personen. Wie im Privatrechtsverkehr, so gilt im Prozeß der Wille ihres Vertreters als Wille der juristischen Person. Wie weit sonst die privatrechtliche Handlungsfähigkeit mit der Prozeßfähigkeit zusammenfällt, hängt von der Bestimmung des positiven Rechtes ab[44]). Wem die Prozeßfähigkeit fehlt, der kann prozessualische Handlungen nur durch einen Vertreter vornehmen, und weil für ihn ein Vertreter gesetzlich nothwendig ist, wird letzterer gesetzlicher Vertreter genannt (der Vorsteher einer juristischen Person, der Vater für das gewaltunterworfene Kind, der Vormund für das Mündel).

Die Prozeßfähigkeit gehört zu den Prozeßvoraussetzungen, denn wer die Fähigkeit, prozessualische Handlungen mit rechtlicher Wirkung vorzunehmen, nicht besitzt, der kann kein Prozeßverhältniß begründen. Wenn z. B. ein Minderjähriger, der unter Vormundschaft steht, verklagt wird und ohne Wissen und Willen des Vormundes seinen Prozeß selbstständig führt, aber zur Uebertragung des Eigenthums einer Sache verurtheilt wird und dieses Urtheil befolgt, der überträgt gleichwohl das Eigenthum jener Sache nicht, weil er sich nicht verpflichten kann. Durch den Prozeß aber hat er über sein Eigenthum ebenso verfügt als ob er sich außergerichtlich zur Eigenthumsübertragung verpflichtet hätte.

§ 33. Jeder Anspruch besteht aus einem Recht auf der einen und der diesem Rechte entsprechenden Pflicht auf der andern Seite. Hieraus folgt das Zweiparteienverhältniß des Civilprozesses, d. h. ein Civilprozeß setzt nothwendig zwei Parteien voraus. Aus diesem Grundsatz aber folgt weiter:

1. daß ein Civilprozeß nicht stattfinden kann, wenn der Kläger zwar ein Recht, aber nicht einen Anspruch

[44]) Vgl. z. B. § 51 C.-P.-O.

Digitized by Google

behauptet, d. h. wenn er nicht eine Person bezeichnet, welche das erlangte Urtheil gegen sich wirken lassen soll. Wer z. B. an das Gericht einen Antrag richtete, daß dieses durch Urtheil das Eigenthum des Antragstellers an einem bestimmten Grundstücke feststellen solle, der würde keine Klage erheben und keinen Prozeß begründen, wenn er nicht gleichzeitig diejenige Person bezeichnete, welche diese Feststellung sich gefallen lassen müßte. Aber auch wenn der Antragsteller eine solche Person nennt, ohne darzulegen, warum er gerade von dieser die Anerkennung der Urtheilswirkung verlangt, so legt er dem Gericht nicht klar, ob er einen Anspruch hat. Er würde deshalb zwar ein Prozeßrechtsverhältniß begründen, aber er wird nicht darauf rechnen können, daß das von ihm begehrte Urtheil gefällt werde. Wenn ich z. B. in Berlin eine Klage erhöbe, in der ich einen in Straßburg wohnenden Mann als Beklagten bezeichne und in welcher ich an das Gericht das Verlangen stelle, es möge aussprechen, daß mir das Recht zusteht, über einen bestimmten in Berlin befindlichen Garten hinweg nach meinem Hause zu gelangen, so mag mein Begehren vielleicht ein rechtlich vollkommen begründetes sein, aber da ich nicht im Stande bin nachzuweisen, wie der Mann in Straßburg dazu kommt, das verlangte Urtheil gegen sich wirken lassen zu müssen, so fehlt die Rechtsbeziehung zwischen mir und dem Straßburger Bürger d. h. der Anspruch.

2. Ist aber einmal ein Anspruch behauptet, so kann eine Feststellung desselben nicht anders getroffen werden als nachdem beide Parteien sich über Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruches haben erklären können. Es ist dies ein unumgängliches Gebot der Gerechtigkeit, denn es können bei der beabsichtigten Begründung des Anspruches ebenso wie nach der Begründung desselben Umstände eingetreten sein, die ihn nicht haben entstehen lassen, oder solche, die ihn wieder aufgehoben haben und die der Richter nur von der angegriffenen Partei erfahren kann. Ohne Berücksichtigung dieser Umstände würde er nicht im Stande sein, ein gerechtes Urtheil zu fällen. Aus dem Zweiparteienverhältniß folgt also das Gebot der Nothwendigkeit beiderseitigen Gehörs. Da indeß der Richter in die privatrechtliche

Digitized by Google

Verfügungsgewalt der Parteien nicht eingreifen darf und er auch Niemand zwingen kann, seine Interessen wahrzunehmen, so besteht dieses Gebot nur in der Verpflichtung des Richters, jeder Partei Gelegenheit zu gewähren zur Erklärung auf die Behauptungen der Gegenpartei.

§ 34. Aus dem Zweiparteienverhältniß folgt aber nicht, daß sich nicht mehr als zwei Personen gegenüberstehen dürfen. Denn es können mehrere Personen behaupten, daß ihnen ein Anspruch zustehe, und es kann behauptet werden, daß diesem Anspruch mehrere Personen unterworfen seien. In einem solchen Falle werden die mehreren Personen durch ihr gemeinsames Interesse zu einer Partei vereinigt, sie werden consortes litis oder, wie man jetzt sagt, Streitgenossen[45]).

§ 35. Tritt ein Dritter mit der Behauptung auf, daß der in einem schon schwebenden Prozesse erhobene Anspruch ihm und nicht dem dortigen Kläger zustehe, so kann keine Streitgenossenschaft zwischen dem Dritten und dem Kläger entstehen, denn sie haben nicht ein gemeinsames, sondern verschiedene und zwar einander ausschließende Interessen. Will jener Dritte ein Urtheil über seinen Anspruch erlangen, so muß er in einem besonderen Prozesse auftreten. Man nennt ihn Hauptintervenienten[45]). Ob er seinen Anspruch nur gegen eine oder gegen beide Parteien des Erstprozesses richtet, hängt davon ab, ob er ein Interesse hat, ein Urtheil gegen beide oder nur gegen einen zu erlangen.

Z. B. A klagt gegen B auf Herausgabe einer Sache. B bestreitet den Herausgabeanspruch des A. Nun tritt C auf und erklärt, nicht A sei berechtigt, jene Sache zu verlangen, sondern er, der C. Bestreitet B auch den Anspruch des C, so hat letzterer ein Interesse auch an einem gegen B gerichteten Urtheil, hat aber B nur deshalb den Anspruch des A bestritten, weil dieser Anspruch dem C zustehe, so wird C seinen Zweck erfüllt sehen, wenn er ein Urtheil nur gegen A erlangt.

§ 36. Wer nur daran Interesse hat, daß der Anspruch eines Andern festgestellt oder verneint werde, der kann diejenige Partei, deren Obsieg er wünscht, im Prozesse unterstützen,

[45]) S. jetzt besonders Weismann: Hauptintervention und Streitgenossenschaft.

Digitized by Google

indem er sich am Prozesse betheiligt und den Richter in den Stand setzt, über Behauptungen zu befinden, die der Feststellung oder Verneinung jenes Anspruches dienen sollen. Da er einen eigenen Anspruch nicht behauptet, auch gegen ihn ein solcher nicht behauptet ist, so wird er nicht Partei, also nicht Prozeßsubjekt, folglich kann er für sich ein Urtheil nicht erlangen. Man bezeichnet ihn als Nebenintervenienten, Nebenpartei.

Z. B. M nimmt statt seines Hauptschuldners O den Bürgen P in Anspruch und klagt gegen diesen auf Zahlung. O hat ein naheliegendes Interesse, daß in diesem Prozesse der Anspruch des M gegen ihn, den O, und damit auch gegen P verneint werde. Er unterstützt deshalb den P, indem er Thatsachen vorbringt, aus denen zu entnehmen ist, daß ein Anspruch für M gegen O nie entstanden sei, und die vielleicht P gar nicht kennt. Wenn nun P anerkennt, dem M die verlangte Summe schuldig zu sein, so verzichtet er seinerseits auf ein anspruchverneinendes Urtheil, für sich aber kann O ein solches Urtheil nicht verlangen, weil er nicht verklagt ist, vielmehr nur die Vertheidigung der Partei P unterstützen konnte.

§ 37. Im Falle der Nebenintervention tritt ein Dritter mit Erklärungen auf, die zwar mittelbar den Vortheil der Hauptpartei befördern, aber aus einem eigenen Interesse der Nebenpartei hervorgehen uud daher die eigenen Behauptungen dieser sind. Wer aber ausschließlich das Interesse der Partei wahrnimmt und daher nur die Behauptungen dieser aufstellt, der ist entweder Beistand oder Vertreter der Partei.

§ 38. Beistand ist, wer neben der Partei auftritt, Vertreter, wer an Stelle der Partei handelt[46]). Die Zuziehung eines Beistandes bezweckt eine geeignetere Prozeßführung, die eines Vertreters ermöglicht die Prozeßführung. An diesem Gegensatze ändert die Thatsache nichts, daß viele Personen ihre Prozesse durch einen Vertreter führen, obwohl sie selbst am Handeln nicht verhindert sind, sondern weil sie glauben, daß der Vertreter die Prozeßführung besser verstehe. Denn in diesem Falle sieht die Partei ihre geringere Fähigkeit

[46]) Wetzell, §§ 8—11. Planck, I, §§ 45—49. Wach, I, §§ 49—53.

Digitized by Google

als ein Hinderniß an, welches der persönlichen Prozeßführung entgegenstehe. Insofern macht auch in diesem Falle die Bestellung eines Vertreters die Prozeßführung möglich.

Die Beistandleistung vor Gericht hat sich mit der Zunahme der Schwierigkeit, einen Prozeß in geeigneter Weise zu führen, zu einem besonderen Beruf entwickelt, zu dem Beruf der Fürsprecher oder Advokaten. Der Vertreter bedarf an sich eines höheren Maßes von Fähigkeit zur Prozeßführung als der Vertretene besitzt nicht, auch er kann sich eines Beistandes bedienen, wie der Vertretene selbst einen solchen hätte zuziehen können. Stellt aber das Prozeßgesetz die Wahl eines Vertreters in das freie Belieben der Partei, so ist es natürlich, daß die Wahl regelmäßig auf eine Persönlichkeit fällt, welche die Beistandleistung zu ihrem Beruf gemacht hat d. h. der Rechtsbeistand wird zum Rechtsanwalt.

Die Zuziehung eines Beistandes aber wird zur thatsächlichen Nothwendigkeit, wenn der Richter nach Rechtsgrundsätzen zu entscheiden hat, die der Partei fremd oder weniger geläufig sind, insbesondere aber dann, wenn die Vielgestaltigkeit prozeßrechtlicher Verhältnisse oder die Formenstrenge des Verfahrens von der Partei nicht blos eine völlige Beherrschung des Prozeßrechts als namentlich eine erst durch lange Uebung zu erwerbende Gewandtheit fordert. Der rechtsungelehrte Beistand muß dem rechtskundigen weichen, die Beistandleistung wird aus einem Freundschafts- und Ehrendienst ein gegen Bezahlung ausgeübtes Gewerbe. So entwickelt sich die Rechtsbeistandschaft (Advokatur) und mit ihr regelmäßig die Rechtsanwaltschaft zu einem besonderen Berufe.

Anknüpfend an die Thatsache, daß der Beistand zum Anwalt geworden ist, haben manche neuere Gesetze die thatsächliche Zwangslage, welche zur Bestellung eines Anwalts führt, zur gesetzlichen gemacht, d. h. sie haben den Anwaltszwang eingeführt. Man versteht darunter die Vorschrift, daß Prozeßhandlungen nur dann gültig sein sollen, wenn sie von einem Anwalt vorgenommen werden. In dieser Strenge ist der Grundsatz indeß unausführbar, einmal weil er bei einfachen Prozessen in einem vereinfachten Verfahren die Prozeßführung ungemein vertheuert, und weil ferner Handlungen der Partei mit denen des Anwalts in Widerspruch treten können.

Daß ein Vertreter handle, bestimmt entweder das Gesetz oder der Wille der Partei. Gesetzlich nothwendig ist die Vertretung nur für diejenigen Personen, die nicht prozeßfähig

Digitized by Google

sind. Der gesetzliche Vertreter aber kann sich selbst wieder einen Vertreter für den Prozeß wählen. Der, dessen Vertretungsmacht nicht auf Gesetz beruht, kann handeln ohne Auftrag des Vertretenen oder auf Grund eines entweder für den ganzen Prozeß oder für einzelne Prozeßhandlungen ertheilten Auftrages. Im ersteren Falle besteht der Zweifel, ob die vom Vertreter vorgenommene Prozeßhandlung eine solche derjenigen Person ist, als deren Vertreter sich die vor Gericht auftretende handelnde Person ausgiebt. Nur in dem Falle aber, wenn das Prozeßsubjekt handelt, können prozeßrechtliche Wirkungen eintreten. Aus diesem Grunde rechtfertigt sich einerseits das Verbot der Zulassung unbeauftragter Geschäftsführer, andererseits das Gebot, eine unzweifelhafte Gewißheit über den Willen der Partei zu erbringen, daß sie die von ihrem Vertreter vorgenommenen Prozeßhandlungen als ihre eigenen ansehen werde. Diese Willenserklärung nennen wir Vollmacht. Sie umfaßt im Zweifel alle diejenigen Thätigkeiten, die dem Vertreter erforderlich erscheinen um das zu erreichen, was sein Vollmachtgeber durch den Prozeß erreichen will; sie ist nicht identisch mit dem Auftragsverhältniß, welches nur zwischen dem Vertreter und der Partei besteht, auf einem von diesen geschlossenen Vertrage beruht und die Pflicht des Beauftragten begründet, das Mandat auszuführen. Die Vollmacht bezeichnet denjenigen, der im Namen der Partei zu handeln befugt sein soll und gewährt damit gleichzeitig dem Gegner und dem Gericht das Recht, den Bevollmächtigten so zu behandeln, als ob er die Partei selbst wäre. Das römische Recht ist in seiner Abneigung gegen die unmittelbare d. h. von selbst für und gegen den Vertretenen wirkende Vertretung so weit gegangen, daß es den Vertreter zur Prozeßpartei machte und ihm überließ, sich hinsichtlich der Wirkungen der Prozeßführung mit dem Machtgeber außergerichtlich auseinanderzusetzen.

§ 39. Mit der Entwicklung der Advokatur zu einem besonderen rechtsgelehrten Stande tritt an den Staat die Verpflichtung heran, diesen Stand als ein nothwendiges Glied in dem Organismus seiner Rechtsschutzeinrichtungen zu betrachten und Normen aufzustellen, welche

1. die Vorbedingungen zur Ausübung der Beistandschaft festsetzen und
2. die besonderen Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Standes bestimmen.

Digitized by Google

§ 40. Die Vorbedingungen für Ausübung der Beistandschaft bestehen

a) in dem Nachweise des Besitzes von Rechtskenntnissen und

b) in der Zulassung zur juristischen Praxis.

Jenen Nachweis hat man in vielen Staaten für erbracht angesehen, wenn der Kandidat die Würde eines doctor oder licentiatus juris utriusque erlangt und allenfalls eine Zeit lang im praktischen Vorbereitungsdienste gearbeitet hatte. Dieses System besteht noch gegenwärtig in Frankreich. In anderen Staaten verlangt man die Ablegung einer besonderen Advokatenprüfung (Oesterreich). Richtiger ist es, von dem Advokaten dieselbe Vorbildung zu verlangen wie vom Richter; es ist dies das System vieler deutschen Staaten (z. B. Preußens) gewesen und ist das von der Gesetzgebung des deutschen Reiches angenommene.

Die Zulassung besteht in der staatlichen Erlaubniß, die Thätigkeit eines Rechtsbeistandes mit den im Gesetze bezeichneten rechtlichen Wirkungen auszuüben. In dieser Beziehung hat die Rechtsgeschichte zwei Extreme aufzuweisen:

aa) die freie Advokatur d. h. die Pflicht des Staates, jeden, der den Befähigungsnachweis führt, zuzulassen,

bb) die beschränkte Advokatur d. h. das Recht des Staates, die Zulassung ganz oder für ein bestimmtes Gericht zu versagen. Die Beschränkung der Advokatur geht Hand in Hand mit der Fixirung der Advokatenstellen auf eine bestimmte oder eine nach dem jeweiligen Bedürfniß bemessene Zahl[47]).

Der Zulassung folgt regelmäßig ein äußerer Einführungsakt: Vorstellung bei Gericht oder Ableistung eines Versprechenseides. Sie gilt entweder als Erlaubniß, bei allen Gerichten des die Zulassung ertheilenden Staates oder nur bei einem bestimmten Gerichte aufzutreten.

§ 41. Die Zulassung räumt dem Advokaten eine gewisse Rechtsstellung ein.

a) Die Thatsache, daß er unter staatlicher Genehmigung bei der Handhabung der Rechtspflege mitwirkt, also einen öffentlichen Dienst versieht, giebt dem Advokaten eine öffentlich-rechtliche Stellung: die Dehnbarkeit

---

[47]) Gneist, freie Advokatur. 1867. Brix: Organisation der Advokatur 2c. 1869.

Digitized by Google

dieses Ausdrucks umfaßt denn auch die weitgehendsten Verschiedenheiten. Jene Stellung kann sich verflüchtigen zu dem lediglich an das Ehrgefühl und das Gewissen des einzelnen gerichteten Gebote, sich neben der besonderen Pflichten, die der einzelne Prozeßauftrag mitbringt, des allgemeinen Wohles bewußt zu bleiben, sie kann sich aber auch bis zur Beamteneigenschaft steigern. So waren die im Jahre 1780 in Preußen eingeführten sog. Assistenzräthe, die vom Staate angestellt und besoldet waren und bei Feststellung des Sachverhaltes dem Richter, bei Ausführung des Rechtspunktes der Partei behülflich sein sollten, Beamte. Diese Einrichtung, hervorgegangen aus zum Theil berechtigtem Mißtrauen, ging weit über das Ziel hinaus. Der Advokat ist auch da, wo das Gesetz verlangt, daß er von der Partei zugleich zum Bevollmächtigten bestellt werde, nicht Beamter, weil er nicht eine dem Staate obliegende Funktion verrichtet. Es genügt, wenn man ihm gewisse Pflichten auferlegt (seinen Beistand nicht aus persönlichen Gründen zu versagen, ihn aber dann zu verweigern, wenn ihm die übertragene Rechtsverfolgung muthwillig oder aussichtslos erscheint) und die Erfüllung dieser Pflichten durch die Aufstellung einer Disciplinarstrafgewalt sichert. Eine Gesetzgebungsfrage ist dabei, ob man die Disciplinargewalt dem Gericht oder dessen Vorsitzenden oder den Advokaten selbst einräumt. Das letztere ist das zweckmäßigere, weil die Strafgewalt von den Standesgenossen sachgemäßer gehandhabt wird als von Personen, die den Anschauungen des Advokatenstandes ferner stehen, dabei aber das eigene Interesse des Standes · die Ausübung einer strengen und unparteiischen Justiz sichert.

b) Das Rechtsverhältniß zwischen Advokat und Partei richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte, aber es dürfen nicht einseitig die Grundsätze des Dienstvertrages oder des Vollmachtsvertrages zur Anwendung gebracht, es muß der öffentlich-rechtlichen Stellung des Advokaten Rechnung getragen werden.

Eine Seite dieses Rechtsverhältnisses bedarf besonderer Hervorhebung: es ist die Befugniß des Advokaten, für seine Thätigkeit eine Vergütung zu verlangen. Die Höhe dieser Vergütung ist entweder der freien Vereinbarung oder einer vom

Digitized by Google

Staate aufgestellten Taxe unterworfen. Das erstere Prinzip nöthigt den Anwalt, seine Thätigkeit selbst schätzen und nach dem Verhältniß von Angebot und Nachfrage schätzen lassen zu müssen. Das zweite System stellt gleichartige Thätigkeiten unter eine die individuellen Verschiedenheiten ausgleichende Norm, hat aber doch im allgemeinen den Vorzug vor dem Grundsatz freier Vereinbarung. Die Taxen honoriren entweder jede einzelne oder nur die Gesammtthätigkeit des Anwalts (Pauschalsystem). Das letztere System findet meistens in der Weise Anwendung, daß alle in einem bestimmten Prozeßstadium aufgewendeten Bemühungen durch eine einheitliche Gebühr entschädigt werden.

2. Das Gericht.

§ 42. Bei Begründung des konkreten Prozeßrechtsverhältnisses interessirt nicht mehr die Gerichtsorganisation d. h. die Möglichkeit staatlichen Rechtsschutzes, sondern das bestimmte Gericht, welches die begehrte Entscheidung treffen soll d. h. die Gewißheit des verlangten Rechtsschutzes. Nur dasjenige Gericht wird Prozeßsubjekt, welches über den klägerischen Anspruch entscheiden darf und muß. Darum kommt es hier nicht ausschließlich darauf an, daß eine mit Gerichtsgewalt ausgestattete Behörde vorhanden sei, als vielmehr auch darauf, welche physische Person die Behörde zu vertreten hat. Denn wenn schon die Behörde immer dieselbe und also an sich stets in der Lage bleibt, den erbetenen Rechtsschutz zu gewähren, so kann es doch von der Person, durch deren Mund die Behörde zu den Parteien spricht, zweifelhaft sein, ob sie Rechtsschutz gewähren wolle. Denn daß sie ihrer Aufgabe gerecht werden könne, ist Sorge des Staates; ob sie aber im einzelnen Falle ihre Aufgabe lösen wolle, dafür Sicherheit zu gewähren ist der Staat außer Stande. Wenn er auch die Person des Richters unter mannigfache Strafbestimmungen stellt, wenn er auch ein das Gewissen des Richters bindendes eidliches Versprechen treuer Pflichterfüllung erfordert, so lassen diese Garantien doch da im Stich, wo die persönlichen Gefühle des Richters in einen ihm selbst nicht allemal zum klaren Bewußtsein kommenden Kampf mit seinem Richterpflichtgefühl gerathen. Deshalb soll diejenige Person nicht Richter sein, bei der die Möglichkeit eines solchen Widerstreites obwaltet. Da nun an der Behörde nur ihre Zuständigkeit, an den Personen der zuständigen Behörde nur ihre Unparteilichkeit interessirt, so ist

Digitized by Google

zuerst die Zuständigkeit der Gerichte und dann die Berechtigung der einzelnen Richterpersonen zu besprechen.

§ 43. Zuständigkeit (Kompetenz)[48]) ist das Recht, die Gerichtsgewalt in einem bestimmten Falle auszuüben; es frägt sich dabei, ob das angerufene Gericht über Ansprüche der Art, wie der vom Kläger erhobene, und ob es gegen die in diesem Prozesse auftretenden Personen Gerichtsgewalt hat. Denn wie in der Lehre von der Gerichtsverfassung gezeigt wurde, kann die Gerichtsgewalt der einzelnen Gerichte eine nach der Art der verfolgten Ansprüche (sachlich) oder durch die Grenzen bestimmter Gebietstheile des Staates (örtlich) beschränkte sein. Diese Kompetenzbegrenzung hat die Wirkung, daß dem einzelnen Gerichte, wiewohl es ebenso wie jedes andere desselben Staates, nur ein Organ der einen Gerichtsgewalt des Staates ist, über jene Grenzen hinaus weder handeln darf noch muß. Aber eben weil in jedem Gerichte nur immer die Gerichtsgewalt desselben Staates verkörpert ist, können für die Kompetenzordnung nicht ausschließlich öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte entscheiden. Soweit aber dies nicht der Fall, muß es den Parteien gestattet sein, die Gerichtsgewalt eines Gerichtes welches nach der Kompetenzbegrenzung, die das Gesetz vorgenommen, im vorliegenden Falle nicht zuständig sein würde, als für sich maßgebend anzuerkennen. Dieser kompetenzbegründende Wille der Parteien wird entweder in einer ausdrücklichen Erklärung oder in Handlungen ausgesprochen, die über jenen Willen keinen Zweifel lassen. Man sollte in diesem Falle von vereinbarter (gewillkürter, prorogirter) Zuständigkeit sprechen, während man thatsächlich von vereinbartem Gerichtsstande spricht.

Letzteres Wort hat nur die örtliche Kompetenz im Sinne und bezeichnet in dieser beschränkteren Anwendbarkeit die der Gerichtsgewalt entsprechende Parteipflicht. Mit der Eingrenzung der Gewalt der einzelnen Gerichte in bestimmte Gerichtssprengel wird auch die Unterworfenheit der Parteien unter die Gerichtsgewalt durch jene Grenzen beschränkt. Die Thatsache aber, welche die Zugehörigkeit eines bestimmten Prozesses zu dem begrenzten Raume eines Gerichtssprengels herbeiführt, ist der „Sitz" des den Gegenstand des Prozesses bildenden Rechtsverhältnisses, und dieser wird naturgemäß durch Wohnsitz oder

[48]) Wach, Handbuch I, §§ 29 ff. Planck, Lehrb. I, §§ 23 ff. Wetzell, §§ 39—42. Renaud, §§ 27 ff.

Digitized by Google

Aufenthalt derjenigen Personen, welche jenes Verhältniß mit einander verbindet, durch die Lage des Gegenstandes, auf den sich das Rechtsverhältniß bezieht, oder aus Zweckmäßigkeitsrücksichten durch das Gesetz bestimmt. Man kann deshalb das Wort Gerichtsstand nur definiren als die Pflicht der Partei, die Gerichtsgewalt eines bestimmten Gerichtes für einen bestimmten Prozeß anzuerkennen. Sofern nun diese Gerichtsgewalt durch den Wohnsitz einer Person als kompetenzbegründende Thatsache bestimmt wird, spricht man von persönlichem, sofern die örtliche Lage einer Sache maßgebend ist, von dinglichem Gerichtsstande, bezeichnet damit aber immer die Pflicht der Partei, in diesem Prozesse die Gewalt des durch die Kompetenzordnung berufenen Gerichtes anzuerkennen. Wenn das Gesetz die eine oder die andere kompetenzbegründende Thatsache besonders berücksichtigt und ihr den Vorzug vor einer andern gleichartigen Thatsache giebt, so begründet es einen besonderen Gerichtsstand; damit ergiebt sich von selbst das Vorhandensein eines allgemeinen Gerichtsstandes, der überall begründet sein muß, wo nicht ein bevorzugter Kompetenzgrund einen besonderen Gerichtsstand gegeben hat. Als solcher allgemeiner Gerichtsstand ist zweckmäßig von fast allen Gesetzgebungen der durch den Wohnsitz des Beklagten bestimmte anerkannt worden.

§ 44. Auch die Unparteilichkeit der Person des Richters muß als Prozeßvoraussetzung anerkannt werden[49]). Hieraus folgt die Ungültigkeit derjenigen Richterhandlungen, die trotz des Mangels dieser Voraussetzung vorgenommen werden. Die Unparteilichkeit fehlt

a) demjenigen Richter, der in dem seiner Entscheidung unterbreiteten Prozesse selbst Partei ist,
b) demjenigen, welcher durch persönliche Gefühle zu dem Wunsche bestimmt wird, daß diese oder daß jene Partei obsiege.

Das Vorhandensein des ersten Falles ist leicht festzustellen, im zweiten Falle müssen Umstände ausreichen, welche Zweifel an der Unparteilichkeit ermöglichen.

Wie bereits angedeutet, braucht der Mangel der Unparteilichkeit des Richters nicht den ganzen Prozeß in Frage zu stellen: sein Einfluß beschränkt sich auf die von dem befangenen

[49]) Vgl. über diesen Gegenstand Wetzell § 36 b. Renaud § 13, 14; Wach I, § 27; Planck I, § 30.

Digitized by Google

Richter vorgenommene Handlung. Der Gefahr, daß die Ungültigkeit der einzelnen Handlung oder des gesammten Prozesses erst festgestellt werde nach Beendigung des Prozesses, beugt die den Parteien gewährte Befugniß, den verdächtigen Richter „abzulehnen", sowie die dem Richter auferlegte Pflicht, sich im Falle seiner Parteilichkeit der Richterthätigkeit zu enthalten, nach Möglichkeit vor.

B. Die Prozeßhandlungen[50]).

§ 45. Prozeßhandlung ist jedwede Thätigkeit der Prozeßsubjekte, welche auf der einen Seite der Durchführung, auf der andern Seite der Befriedigung eines bestimmten Rechtsschutzanspruches dient. Es folgt hieraus, nicht allein daß die einzelne Prozeßhandlung entweder Handlung der Partei oder Handlung des Gerichtes ist, sondern auch daß zwischen beiden ein gewisser ursächlicher Zusammenhang bestehen muß. Es empfiehlt sich daher für die nachstehende Darstellung, die Handlungen der Prozeßsubjekte zunächst für sich gesondert und darauf jenen unter ihnen bestehenden Zusammenhang zu untersuchen. Es kann sich hierbei nur darum handeln, welcher Zusammenhang besteht, denn, daß ein solcher besteht, ist eine Thatsache, die Wesen und Form der Prozeßhandlung derartig beeinflußt, daß ihr auch bei der gesonderten Darstellung unaufhörlich Rechnung getragen werden muß. Die Prozeßhandlungen an und für sich betrachtet, bieten der wissenschaftlichen Behandlung zwei Seiten dar: ihren Inhalt und ihre Form.

1. Die Prozeßhandlungen an und für sich.

a. Die Handlungen der Parteien.

I. Inhalt der Parteienthätigkeit.

§ 46. Wie im vorigen § angedeutet wurde, steht die gesammte Thätigkeit der Prozeßsubjekte so vollständig im Dienste des Prozeßzweckes, daß auch das Wesen der einzelnen Parteienthätigkeit nicht begriffen werden kann, wenn man sich nicht stets das Ziel vor Augen hält, welches die Partei erreichen

[50]) Wach I, § 53. Birkmeyer, Grundriß S. 3 f.

Digitized by Google

will. Dieses Ziel ist vor allem Feststellung eines gewissen Rechtsverhältnisses und demnächst Durchführung des festgestellten Rechtes. Aber da die Partei diesen Zweck nur mit Hülfe des Richters erreichen kann, so gilt es vor allem, den Richter zur Thätigkeit anzuregen, alsdann aber, ihm die Möglichkeit zu gewähren, dem Rechtsschutzanspruche zu genügen. Es folgt hieraus, daß das Thun der Partei gerichtet sein muß

a) darauf, daß ein Prozeß entstehe und daß der begonnene Prozeß zu Ende geführt werde (Prozeßbetrieb),
b) darauf, daß der Richter diejenigen Thatumstände erfahre, die es ihm ermöglichen, ein Urtheil zu fällen und dem festgestellten Rechte zur Durchführung zu verhelfen (Prozeßverhandlung, Stoffvorlage).

a. Der Prozeßbetrieb[51]).

§ 47. Der Prozeßbetrieb umfaßt nach der oben gegebenen Erklärung alle Thätigkeiten, welche der Prozeßbegründung und alle diejenigen, welche der Prozeßerledigung dienen. Ob diese Thätigkeiten insgesammt Handlungen der Parteien sind oder ob sich in das Geschäft des Prozeßbetriebes Parteien und Richter theilen, das hängt davon ab, ob in dem Prozeßrecht eines Staates das System des Parteibetriebes oder das des Offizialbetriebes herrscht. Dieser Gegensatz wird später erörtert werden, wenn es sich darum handeln wird, die Wirkungen der Parteithätigkeit auf die Richterthätigkeit zu untersuchen, und es wird sich dabei zeigen, daß dieser Gegensatz nur das Maß von Thätigkeit betrifft, das man der Partei im Interesse des Prozeßbetriebes beläßt. Denn ohne die Initiative der Partei kann kein Civilprozeß beginnen, kann regelmäßig keine Nachprüfung und Aufhebung des Urtheils durch einen übergeordneten Richter stattfinden und kann auch nichts geschehen zur zwangsweisen Vollziehung des erlassenen Urtheils. Es bleiben demnach in jedem Falle der Parteithätigkeit vorbehalten gerade diejenigen Handlungen, welche für den Prozeßbetrieb die wichtigsten sind.

§ 48. Prozeßbegründung ist diejenige Thätigkeit, durch welche das Prozeßrechtsverhältniß zur Entstehung gebracht wird: ohne Prozeßgründungsakt also kein Anspruch auf Sach-

[51]) Birkmeyer, Grundriß I, S. 240 ff. Planck: Lehrb. I, S. 390 ff.

Digitized by Google

entscheidung und folgeweise kein Anspruch auf Zwangsvollstreckung. Aber worin dieser Akt bestehen soll und was vorhergegangen sein muß, um ihn vollziehen zu können, das zu bestimmen, ist Sache des positiven Rechtes. Manche Prozeßsysteme sind so weit gegangen, ihn zu einem der Mitwirkung beider Parteien bedürfenden Formalakte zu machen, manche haben von der Form abgesehen, aber an der Zweiseitigkeit des Aktes festgehalten. Zweckmäßiger und richtiger ist es indeß, die einseitige Erklärung des Klägers, daß er über einen bestimmten Anspruch ein Urtheil begehre, genügen zu lassen; zweckmäßiger deshalb, weil vom Prozeßbeginn überall rechtliche Wirkungen abhängen, die mit einem möglichst frühen Zeitpunkt eintreten müssen, richtiger deshalb, weil der Beklagte keine Pflicht zum Handeln, folglich keine Pflicht zu thätiger Mitwirkung an der Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses hat; das System, das einen zweiseitigen Akt fordert, kommt deshalb in die üble Lage, die Mitwirkung des Beklagten *fingiren* zu müssen, wenn dieser sich selbst durch Zwangsmaßregeln zu ihr nicht will bestimmen lassen. Prozeßgründungsakt kann daher kein anderer sein, als die dem Beklagten und dem Gericht gegenüber abgegebene Erklärung des Klägers, daß er über einen bestimmten Anspruch ein Urtheil des Richters begehre. Dieser Akt, der als eine Handlung mit beabsichtigter rechtlicher Wirkung ein prozessuales Rechtsgeschäft darstellt, ist vollendet, wenn das Gericht und der Beklagte jene Erklärung entgegengenommen haben. Ist in diesem Zeitpunkt nicht die Gesammtheit der Prozeßvoraussetzungen vorhanden, so hat jene Erklärung die für sie in Anspruch genommene Eigenschaft des Prozeßgründungsaktes nicht gehabt. Man darf nur nicht die *Thatsache* der erfolgten Prozeßbegründung verwechseln mit der *Gewißheit* über den Eintritt dieser Thatsache. Diese Gewißheit ist in dem Augenblicke, in welchem das Gericht und der Beklagte jene Erklärung entgegengenommen haben, noch für Niemand vorhanden: für die Parteien nicht, weil sie nicht wissen, ob das Gericht nicht das Dasein einer der Prozeßvoraussetzungen verneinen wird; für das Gericht nicht, weil es regelmäßig in diesem Augenblicke das Vorhandensein jener Vorbedingungen noch nicht zu prüfen hat.

Vielmehr wird die bereits erfolgte Prozeßgründung zur Gewißheit erst dann, wenn das Gericht trotz der eingetretenen Möglichkeit einer Prüfung das Dasein einer Voraussetzung nicht verneint, der Beklagte trotz der ihm gebotenen Möglichkeit

Digitized by Google

das Fehlen einer Voraussetzung nicht gerügt oder dann, wenn das Gericht den behaupteten Mangel einer Voraussetzung rechtskräftig in verneinendem Sinne entschieden hat.

Alle Thätigkeit des Klägers oder auch beider Parteien, die vor dem Prozeßgründungsakt liegt, ist nach dem jedesmal in Frage kommenden Prozeßrecht entweder wesentlich oder unwesentlich. Wesentlich ist sie dann, wenn sie zum Zwecke der Prozeßgründung vorgenommen werden muß (z. B. eine außergerichtliche Ladung, wie die in jus vocatio), unwesentlich dann, wenn sie, ohne den Prozeßgründungsakt unmöglich zu machen, auch unterlassen werden kann (z. B. die vorherige Mittheilung der Klageabsicht oder auch der Umstände, auf welche die Klage und auf welche die Entgegnung des Beklagten gestützt werden soll).

§ 49. Prozeßerledigung ist diejenige Thätigkeit, welche zu dem Zwecke vorgenommen wird, das Prozeßrechtsverhältniß wieder zu lösen. Der naturgemäße und regelmäßige Weg dieser Lösung ist die Sachentscheidung, aber diese auch nur als nothwendige Vorbedingung der Durchführung des klägerischen Anspruches, Prozeßbetrieb ist daher die Thätigkeit der Parteien auch nur insoweit, als sie diese Art der Lösung anstrebt. Der Prozeß kann sein Ende finden auch dadurch, daß nach vorangegangener Befriedigung des Klägers oder nach Abschluß eines Vergleiches oder aus anderen Gründen die Parteien auf die Sachentscheidung verzichten. Dieser Verzicht kann da, wo der Betrieb des Prozesses allein den Parteien überlassen ist, in der Unterlassung von Prozeßbetriebsthätigkeit zur Erscheinung kommen.

Die auf Prozeßerledigung gerichtete Parteienthätigkeit kann vom Kläger wie vom Beklagten ausgehen, denn daß eine unanfechtbare Feststellung dessen, was zwischen ihm und dem Kläger Rechtens ist, getroffen werde, ist in zahlreichen Fällen ein gerade durch den Prozeß dringend gewordenes Interesse des Beklagten. Die auf Prozeßgründung gerichtete Thätigkeit aber kann naturgemäß nur vom Kläger ausgehen.

b. Die Prozeßverhandlung und die Stoffvorlage[52]).

§ 50. Die Handlungen, welche die Partei im Interesse des Prozeßbetriebes vornimmt, fallen häufig mit der Prozeß-

[52]) Planck, Lehrb. I, S. 398 ff. Wetzell, § 15 ff.

Digitized by Google

verhandlungsthätigkeit zusammen, denn während der Prozeßbetrieb darauf gerichtet ist, daß überhaupt Rechtsschutz gewährt werde, ist die Prozeßverhandlung nöthig, damit der Richter wisse, wie er den verlangten Rechtsschutz gewähren solle. Es lassen sich deshalb aus der gesammten prozessualischen Thätigkeit der Parteien zwar Handlungen aussondern, die nichts weiter als Prozeßbetriebsthätigkeit darstellen, aber es giebt keine Prozeßverhandlung, die nicht gleichzeitig als Ausdruck des Verlangens der Partei auf Gewährung von Rechtsschutz überhaupt aufzufassen, die also nicht daneben auch Betriebsthätigkeit wäre.

§ 51. Unter Prozeßverhandlung ist zu verstehen diejenige Thätigkeit der Parteien, welche dem Richter die thatsächliche Grundlage für den in einem bestimmten Prozesse von ihm begehrten Rechtsschutz gewährt. Dieser Thätigkeit kommt eine verschiedene Bedeutung zu, je nachdem sie im Feststellungsverfahren oder im Vollstreckungsverfahren entwickelt wird. Denn während dort der Richter mit denjenigen Thatsachen bekannt gemacht werden muß, welche die Entstehung und Endigung des den Gegenstand des Prozesses bildenden Privatrechtsverhältnisses bewirkt haben sollen, während also dort die Prozeßverhandlung in den zahlreichsten Fällen einen Streit der Parteien um Rechte und deshalb zumeist um das Dasein von rechtserheblichen Thatsachen darstellt, handelt es sich hier in den meisten Fällen nur darum, dem Richter die formellen Vorbedingungen für Ausübung des Zwanges überhaupt oder für Anwendung einer bestimmten Zwangsmaßregel nachzuweisen. Die Prüfung dieses Nachweises ist in der großen Mehrzahl der Fälle mit so geringen Schwierigkeiten verbunden, daß viele bewährte Prozeßrechtssysteme diese Thätigkeit dem Richter abnehmen und untergeordneten Organen der Rechtspflege übertragen[53]), dagegen dem Richter nur die Entscheidung von etwa in diesem Stadium des Verfahrens noch entstehenden Streitigkeiten vorbehalten konnten. Diesem Gegensatze von Feststellungs- und Vollstreckungsverfahren muß in der nachfolgenden Darstellung Rechnung getragen werden.

aa. Die Stoffvorlage im Feststellungsverfahren.

§ 52. Im Feststellungsverfahren strebt die gesammte Thätigkeit der Prozeßsubjekte der Prozeßentscheidung entgegen.

[53]) S. oben §§ 9, 10.

Digitized by Google

Diese Entscheidung soll nur klarstellen, ob ein gewisser Anspruch des Klägers besteht oder nicht besteht. Der Anspruch hat seine Grundlage in einem Rechtsverhältniß, das neben dem im konkreten Falle geltend gemachten regelmäßig noch andere Ansprüche erzeugen konnte und vielleicht erzeugt hat. Welcher Anspruch entstanden ist und, wenn deren mehrere sind, welcher von denselben durch den richterlichen Ausspruch als vorhanden festgestellt werden soll, das anzugeben ist Sache der Partei. Diese Angabe ist Parteiverfügung, also Willenserklärung und findet ihren Ausdruck in dem an den Richter gestellten Antrage, er möge eine bestimmte Entscheidung treffen. Wenn z. B. der Kläger nur sagte: „Der Beklagte hat sich im September 1887 verpflichtet, mir für den Preis von so und so viel Mark pro Klg. 100 Stück eiserne Oefen bestimmter Qualität zu liefern und zwar binnen längstens drei Wochen, hat aber erst am 28. Oktober 1887 50 Stück Oefen geliefert", so weiß der Richter nicht, welches von den dem Kläger nach Art. 355 H.-G.-B. zustehenden Rechten geltend gemacht, welcher Anspruch also als vorhanden festgestellt werden solle. Erst wenn der Kläger erklärt: „Ich verlange nachträgliche Lieferung der fehlenden 50 Oefen und Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung", hat er über die ihm zustehenden Rechte verfügt. Andererseits würde die Willenserklärung allein nicht genügen. Wenn z. B. der Kläger an den Richter nur mit den Worten heranträte: „Ich ersuche Sie, die Firma Berger & Co. in X. dazu zu verurtheilen, daß sie an mich bis zum 1. Dezember 1887 50 Stück Oefen dieser und dieser Qualität frei Bahnhof Magdeburg liefere", so würde dem Richter die Möglichkeit fehlen, das Vorhandensein dieses Anspruches zu prüfen.

Hieraus ergiebt sich für den Inhalt der Prozeßverhandlungsthätigkeit der Parteien folgende nothwendige Unterscheidung[54]): die Parteihandlung ist theils Willenserklärung, theils Thatsachenmittheilung. Die Willenserklärung der Partei soll einen Willensentschluß des Richters, die Thatsachenmittheilung der Partei soll eine Vorstellung des Richters hervorrufen. Ob indeß der Richter denjenigen Willensentschluß fassen kann, den diese, oder den, den jene Partei in ihm zu veranlassen begehrt, das hängt von dem Inhalte der Vorstellungen ab, die er sich aus den Mittheilungen der Parteien gebildet hat. Sein Urtheil also entnimmt seine Grundlage aus der

[54]) Klein, schuldhafte Parteihandlung S. 1 ff.

Digitized by Google

Prozeßverhandlung, die ihres Inhaltes wegen als die Vorlage des Prozeßstoffes bezeichnet werden kann.

§ 53. Hier schon macht sich der Gegensatz des durch den Prozeß hervorgerufenen Prozeßrechtsverhältnisses und des den Gegenstand des Prozesses bildenden Privatrechtrechtsverhältnisses geltend. Letzteres liegt als abgeschlossene Thatsache vor, ersteres *entwickelt* sich durch den Prozeß. Jene als Motiv für den richterlichen Willen abgegebene Willenserklärung der Parteien ist durch die Anschauungen dieser von dem *Privatrechtsverhältniß* bestimmt und enthält einen dem Richter gemachten Vorschlag, wie er über dieses *Privatrechtsverhältniß* urtheilen solle. Aber von dem Prozeßgründungsakte bis zum rechtskräftigen Urtheil ist häufig ein weiter Weg: das *Prozeßrechtsverhältniß* ist seiner Lösung in zahlreichen Fällen erst dann entgegengeführt, wenn die Parteien viele einzelne Handlungen vorgenommen haben, die zwar alle dem Dienste gewidmet sind, eine Urtheilsgrundlage zu schaffen, die dieses Ziel aber nur dadurch erreichen, daß sie den Richter bestimmen, der einen oder der anderen Partei einen *prozessualischen* Vortheil einzuräumen. Zur Erläuterung diene folgendes Beispiel:

Ein Erbe klagt gegen den andern, letzterer solle einwilligen, daß der Kläger aus dem Nachlasse des gemeinschaftlichen Erblassers 1000 Mark mehr entnehmen dürfe als der Beklagte. Er begründet diesen Antrag mit der Behauptung, der Beklagte habe vom Erblasser bei dessen Lebzeiten 1000 Mark erhalten zur Einrichtung einer Werkstätte. Diese Behauptung soll der Kläger beweisen. Er beruft sich zunächst auf einen angeblich im Besitze des Beklagten befindlichen Brief des Erblassers, den der Beklagte nicht vorzeigen will. Kläger stellt daher an den Richter den Antrag, dem Beklagten die Herausgabe dieses Briefes oder die Ableistung eines Eides, daß er den Brief nicht besitze, aufzugeben. Der Richter entspricht diesem Antrage und räumt damit dem Kläger insofern einen Vortheil ein, als er ihm die Möglichkeit verschafft, jene Behauptung zu beweisen. Da der Vortheil nur in der Benutzung eines Beweismittels besteht, so ist er ein prozessualischer. Nachdem der Eid geleistet und festgellt ist, daß der Beklagte den Brief nicht besitzt, beruft der Kläger sich auf einen Zeugen. Der Beklagte erklärt, dieser Zeuge sei am Ausgange des Prozesses interessirt und werde zum Vortheil des Klägers die Unwahrheit

Digitized by Google

ſagen. Auf Antrag ordnet aber der Richter die Abhörung dieſes Zeugen an; er gewährt damit dem Kläger wiederum einen prozeſſualiſchen Vortheil. Hierauf zeigt Kläger einen Brief des Beklagten vor, der Beklagte erklärt, er wiſſe nicht, ob er den Brief geſchrieben. Kläger will dieſe Erklärung nicht gelten laſſen und meint, in dem Verhalten des Beklagten liege ein Zugeſtändniß. Als ſpäter der Beklagte verlangt, beſchwören zu dürfen, daß er den Brief nicht geſchrieben, beantragt der Kläger, dieſes Verlangen als verſpätet zurückzuweiſen. Diejenige Partei, zu deren Gunſten der Richter dieſen Streit entſcheidet, erlangt einen prozeſſualiſchen Vortheil.

In dieſem Beiſpiele iſt der dem Gegenſtande des Prozeſſes entnommene, auf Feſtſtellung eines privatrechtlichen Anſpruches gerichtete Antrag an die Spitze geſtellt, weil er den ganzen Prozeß beherrſcht und den Urtheilsvorſchlag des Klägers enthält. Der Prozeß hat aber eine Reihe anderer Anträge gezeitigt, die die Erlangung prozeßrechtlicher Vortheile anſtreben. Die Entſcheidung über einen derartigen Antrag iſt nicht Prozeßentſcheidung, aber ſie befördert dieſe. Wie der privatrechtliche oder Hauptantrag („Klageantrag") eine Verfügung über ein Privatrecht enthält, ſo jeder prozeßrechtliche Antrag eine Verfügung über eine dem Prozeßrecht angehörige Befugniß. Jener Hauptantrag iſt dem Prozeſſe weſentlich, die prozeßrechtlichen Anträge haben nur ſekundäre Bedeutung, ſie ſind abhängig von dem erſt durch den Prozeß ſelbſt hervorgerufenen Bedürfniß und können ſo mannigfaltig ſein als es dieſes Bedürfniß erheiſcht, ſie dienen nur jenem Hauptantrage.

§ 54. Die Thatſachen, welche die Partei dem Richter mittheilt, ſind beſtimmt, den von ihr geſtellten Antrag zu begründen. Denn, wie oben erklärt, ſind die Parteianträge Willenserklärungen, ſie enthalten die Kundgebung des Willens, daß der Richter einen Anſpruch der beantragenden Partei, ſei es einen privatrechtlichen oder prozeßrechtlichen, als gegeben anerkenne: die Partei alſo muß einen Anſpruch behaupten. Die Anſpruchs- oder Rechtsbehauptung enthält ein Urtheil, das nur durch Schlußfolgerung gewonnen werden kann. In jedem ſolchen Syllogismus bildet die abſtrakte Rechtsnorm den Oberſatz, eine Thatſache d. h. eine ſinnlich wahrnehmbare Begebenheit, den Unterſatz.

Z. B. Oberſatz: Nach § x. x. hat derjenige, der einem Andern eine Körperverletzung zufügt, dieſem den durch die Verletzung verurſachten Schaden zu erſetzen.

Digitized by Google

Unterſatz: Nun aber hat der Beklagte den Kläger am 20. November 1887 durch einen Schuß am rechten Arme verwundet und dem Kläger hierdurch einen in den Kurkoſten mit 120 Mark beſtehenden Schaden verurſacht.

Schluß (Rechtsbehauptung): Folglich hat der Kläger den Anſpruch, daß der Beklagte an ihn 120 Mark zahle.

Er beantragt deshalb, daß der Richter in Anerkennung des Daſeins dieſes Anſpruches den Beklagten zur Zahlung von 120 Mark verurtheile.

Oder Oberſatz: Nach § x. x. des Civilprozeßgeſetzes geht diejenige Partei, welche nicht innerhalb einer ihr vom Richter geſteckten Friſt für die von ihr zu beweiſende Thatſache ein Beweismittel bezeichnet, des Rechtes verluſtig, über dieſe Thatſache eine Beweiserhebung zu veranlaſſen.

Unterſatz: Nun aber hat Kläger durch Verfügung vom 20. November 1887 eine Friſt von einem Monat bewilligt erhalten zur Angabe eines Beweismittels für ſeine Behauptung . . . ., dieſe Friſt aber iſt verſtrichen, ohne daß er den Beweis erbracht hat.

Folge (Rechtsbehauptung): Folglich hat er das Recht zu beweiſen verloren, der Beklagte aber den Anſpruch erworben, daß jene Behauptung nicht berückſichtigt werde.

Er beantragt deshalb, daß der Richter den Kläger hinſichtlich jener Thatſache für beweisverluſtig erachte.

Schon in der bloßen Rechtsbehauptung liegt ſtrenggenommen die Begründung des Antrages: denn ſie enthält die Erklärung dafür, daß ein Antrag und daß gerade dieſer Antrag geſtellt wird. Ein Prozeßrechtsſyſtem aber, das ſich mit der Aufſtellung der bloßen Rechtsbehauptungen genügen läßt[55]), kann an der ſo eben dargeſtellten Natur derſelben nichts ändern; vielmehr bewirkt es nur, daß die Beurtheilung der Richtigkeit des Schluſſes allein der behauptenden Partei überlaſſen bleibt und dem Richter ſowie der Gegenpartei nur das Ergebniß der Denkthätigkeit der Partei mitgetheilt wird. Es leuchtet ein, daß ein ſolches Prozeßrechtsſyſtem auf die Bürgſchaft der objektiven Richtigkeit der das richterliche Urtheil beſtimmenden Behauptungen verzichtet. Dem Rechtsſchutz-

[55]) Bei der Darſtellung des altgermaniſchen Prozeſſes muß dieſer Punkt einer eingehenden Beſprechung unterzogen werden.

Digitized by Google

intereſſe der Parteien und der Geſammtheit kann nur die Forderung entſprechen, daß die Partei die von ihr vollzogene Denkoperation der Kritik der Gegenpartei und insbeſondere der Nachprüfung des Richters unterwerfe. Es folgt hieraus das Gebot, daß die Partei nicht das Ergebniß ihres Schließens dem Richter fertig hinlege, ſondern daß ſie ihm die Elemente ihres Schluſſes mittheile, damit auch in ſeinem Denken ſich die Thätigkeit vollziehen könne, die vorher von der Partei vorgenommen wurde. Da nun der Richter den Oberſatz d. h. das objektive Recht regelmäßig kennt, ſo löſt ſich jene Forderung auf in das Gebot der vollſtändigen Thatſachenmittheilung. Eine Rechtsbehauptung, die aus dieſen Thatſachen folgt, heißt ſchlüſſig, die Mittheilung aller derjenigen Thatſachen, aus denen die Partei ihre Rechtsbehauptung zu folgern meint, heißt Subſtanziirung, jetzt indeß meiſt Begründung.

§ 55. Die Parteien, welche einen Antrag durch Thatſachenmittheilung begründet, behauptet dieſe Thatſachen als wahre. Erklärt der Gegner ſie für unwahr, ſo tritt an die behauptende Partei die Nothwendigkeit heran, dem Richter zu zeigen, daß ſie dennoch wahr ſind. Die Stoffvorlage beſteht demnach

a) in der Behauptung der Thatſachen, die der Begründung der Anträge dienlich ſind,
b) in der Beweiſung der von der Gegenpartei beſtrittenen Thatſachen.

α. Die Thatſachenbehauptung.

§ 56. Der Civilprozeß iſt in zahlreichen Fällen ein Kampf ums Recht, und auf die Gefahren eines ſolchen muß ſich der gefaßt machen, der ſich auf ihn einläßt. Dieſer Erſcheinung entlehnt die Rechtsſprache zahlreiche Bezeichnungen.[56]) Man ſpricht von Angriff, Angriffsmitteln, Vertheidigung, Vertheidigungsmitteln. Wie bei einem Kampfe mit den Waffen verſteht man in dieſem Kampfe mit den Mitteln des Rechts unter Angriff diejenige Parteihandlung, welche die

[56]) Die Darſtellung der Geſchichte des Prozeſſes wird zeigen, daß der älteſte römiſche Prozeß einen wirklichen Kampf nachahmte und daß durch einen Waffenkampf bis in das ſpätere Mittelalter hinein nicht wenige Prozeſſe entſchieden wurden. Noch im gemeinen Civilprozeß ſprach man von „Kriegsbefeſtigung".

Digitized by Google

Veränderung, unter Vertheidigung diejenige, welche die Aufrechthaltung des bisherigen Zustandes bezweckt. Man muß sich nämlich vergegenwärtigen, daß der Entschluß, einen Prozeß zu beginnen, der Ueberzeugung entspringt, daß ein gewisser Zustand dem Rechte nicht entspreche. Diesen Zustand gilt es zu verwandeln in einen dem Rechte gemäßen, also einen Angriff zu machen gegen diejenige Person, die ein Interesse an der Aufrechthaltung jenes Zustandes hat. Dieser Angriff ist die Klage. Sie ist das wichtigste Angriffsmittel. Der mit ihr beginnende Prozeß ist aber einerseits im Stande, Zustände zu schaffen, die der einen Partei als Widerspruch gegen das Recht erscheinen und deren Beseitigung ein erneuter Angriff derselben Partei oder ein nun erst veranlaßter Angriff der Gegenpartei gilt.

§ 57. Unter Klage versteht man das an den Richter gestellte Verlangen, daß er das Vorhandensein eines von dem Antragsteller behaupteten privatrechtlichen Anspruches durch Urtheil ausspreche. Jene Bedeutung des Wortes Klage, nach welcher dieses den mit der Klage verfolgten Anspruch bezeichnet (actio est jus persequendi etc.) kann in der Lehre des Prozeßrechts nicht verwerthet werden.

Eine Klage zu erheben ist nicht Ausfluß eines besonderen publicistischen Rechts[57]). Zu dieser Annahme darf nicht der Umstand verleiten, daß es auch dem unbenommen ist, zu klagen, der thatsächlich einen Anspruch nicht hat, ja daß selbst derjenige klagen darf, der von der Nichtexistenz des von ihm behaupteten Anspruchs von vornherein überzeugt ist und der nur in der Absicht klagt, seinen Gegner zu beunruhigen. Klage zu erheben ist vielmehr nichts weiter als eine durch die Herstellung von Rechtsschutzeinrichtungen von selbst gegebene Möglichkeit, diese für sich zu benutzen. Eine mißbräuchliche Benutzung ist leider nicht vollständig zu verhindern.

§ 58. Die Veranlassung zur Klage braucht keineswegs in einer Rechtsverletzung zu bestehen, schon aus dem Grunde nicht, weil der Kläger möglicherweise ein Recht überhaupt nicht hat. Wie schon bemerkt wurde, findet die Klage ge-

---

[57]) So Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 1 ff. Dagegen bes. Weismann, Hauptintervention S. 108, Anmerk. 3. Wach, Handbuch I, S. 22, 23.

Digitized by Google

nügenden Anlaß in einem (von Niemand, jedenfalls nicht nothwendig vom Beklagten verschuldeten) dem Rechte nur thatsächlich nicht entsprechenden Zustande. Wer seine Schuld nicht bezahlt wiewohl er sie bezahlen sollte, verletzt das Recht seines Gläubigers und giebt also unzweifelhaft Veranlassung zur Klage. Aber z. B. schon die Thatsache, daß eine Urkunde vorhanden ist, die als Beweismittel benutzt werden könnte, die aber unecht ist, bildet einen Zustand, der dem Rechte widerspricht. Denn eine nach unantastbarer Sicherheit strebende Rechtsordnung muß selbst die Gefahr einer für die Zukunft zu besorgenden Beeinträchtigung eines Rechts als einen ihrem Zwecke hinderlichen und daher dem Rechte selbst widerstrebenden Zustand betrachten, sie ist also genöthigt, dem besonders gefährdeten Rechtssubjekte die Möglichkeit einer Beseitigung dieses Zustandes zu gewähren. Eine solche Gefahr aber bergen Umstände in sich, die die Annahme rechtfertigen, daß die Verfolgung eines bestimmten Rechtes in Zukunft erschwert sein könne[58]).

§ 59. Zu den überlieferten Eintheilungen der Klagen hat man das Theilungsprinzip entweder aus der Art des durch die Klage veranlaßten Verfahrens oder aus der Natur des durch die Klage verfolgten Rechtes entnommen. Es braucht nur an die Klassifikation der actiones in jus und in factum conceptae, der actiones in rem und in personam erinnert zu werden. Die erstere Eintheilung enthält eine Unterscheidung der Prozeßarten, die letztere eine solche der Klagerechte. Der Klassifikation der letzteren läßt sich eine durch das moderne Recht gebotene, hier schon an mehreren Stellen erwähnte Scheidung anschließen in solche, welche vom richterlichen Urtheile nur den Ausspruch über das Dasein einer zwischen zwei Privatpersonen vorhandenen Rechtsbeziehung und in solche, welche von dem Urtheile ein änderndes Eingreifen in den bisherigen Rechtszustand verlangen. Diese dem materiellen Rechte angehörige Unterscheidung wird hier nur aus dem Grunde erwähnt, weil sie besonders wichtig ist für den Inhalt des richterlichen Urtheils, also einer Prozeßhandlung. Zur Erläuterung des Gesagten muß ein Hinweis darauf genügen, daß in allen Fällen, in denen ein nur durch

[58]) Aehnlich und ganz entschieden gegen die Nothwendigkeit einer Rechtsverletzung Schultze, Konkursrecht S. 151. Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts S. 6. Birkmeyer, Grundriß S. 5.

Digitized by Google

den Staat zu befriedigender Anspruch verfolgt wird, der Staat im richterlichen Urtheile eine auf eine unmittelbare Rechtswirkung gerichtete Willenserklärung abgiebt, wie im Ehescheidungsurtheil, in dem Zuschlagsurtheil bei Theilungsklagen, im sog. Ausschlußurtheil[59]).

Ausschließlich dem Prozeßrecht angehörig ist die Eintheilung der Klagen nach der Art des Rechtsschutzbedürfnisses, das der durch die Klage begehrte richterliche Ausspruch befriedigen soll. Denn so mannigfaltig der dem Rechte widersprechende Zustand sein kann, so verschiedenartig muß auch das Bedürfniß seiner Beseitigung sein. Da es in den meisten Fällen eine Verletzung des behaupteten Rechtes ist, die den Anlaß zur Klage giebt, unter Rechtsverletzung aber jede Ausführung des Willensentschlusses, das nicht zu thun, worauf ein Anderer ein Recht hat, verstanden werden muß, so verfolgt der größte Theil der tagtäglich erhobenen Klagen den Zweck, den Beklagten zu zwingen zu dem, worauf der Kläger ein Recht hat. Besteht dagegen nur die Gefahr künftiger Rechtsverletzung, so kann gegenwärtig ein Rechtsschutzinteresse, gegen den Beklagten einen vielleicht auch später nicht erforderlichen Zwang auszuüben, noch nicht vorhanden sein.

Z. B. A hat dem B eine am 1. Juli 1888 zurückzuzahlende Summe geliehen. Zahlt B am 1. Juli 1888 nicht, so verletzt er das Recht des A. Das aus dieser Verletzung entspringende Rechtsschutzbedürfniß wird sich am sichersten in dem an den Richter gestellten Antrage kundgeben, er möge aussprechen, daß B verpflichtet sei, sofort zu zahlen. Diesem Ausspruche kann der Zwang auf dem Fuße folgen. Wenn dagegen dem A durch letztwillige Verfügung eine jährliche Rente zugesichert ist, mit deren Zahlung der Erbe E am 1. April 1892 beginnen soll, so kann dieser vor jenem Zeitpunkte das Rentenbezugsrecht nicht verletzen auch wenn er dies thun möchte, denn das Recht kann vor diesem Zeitpunkte nicht ausgeübt werden. Wenn aber der Erbe seine Absicht laut werden läßt, seine Rentenpflicht zu bestreiten, etwa weil er jene letztwillige Verfügung für unverbindlich hält, so entsteht für A die Gefahr einer am 1. April 1892 wahrscheinlich eintretenden Rechtsverletzung und daher für jetzt (1888) nur das Bedürfniß einer Sicherung gegen die Gefahr. Diesem Bedürfnisse wird

---

[59]) S. Dernburg, Pandekten I, § 161, Anm. 4. Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heut. preuß. Privatrechts I, § 55.

Digitized by Google

Rechnung getragen durch ein Urtheil, in welchem der Richter erklärt, das Rentenrecht bestehe, der Beklagte werde am 1. April 1892 und später die Pflicht haben die Rente zu zahlen.

Im ersten Falle ist das Ziel der Klage ein Thun des Beklagten, ein „Leisten", im zweiten Falle begnügt sie sich mit der auch dort erreichten Rechtsgewißheit. Ein Irrthum ist es, zu glauben, daß ein und dasselbe Privatrecht zwei verschiedene privatrechtliche Ansprüche begründe: einen auf Leistung, den andern auf Erlangung von Rechtsgewißheit. Vielmehr erzeugt das eine Privatrecht nur zwei verschiedene Rechtsschutzansprüche. Man theilt deshalb diese Rechtsschutzansprüche und also die Klagen ein in Leistungsklagen und Feststellungsklagen[60]). Mit jener will man irgend ein dem Rechte entsprechendes Handeln des Beklagten allenfalls im Wege des Zwanges, mit dieser will man nur Klarstellung, Rechtsgewißheit erreichen. Auf den Willen des Beklagten will man in jedem Falle einwirken: aber während die Leistungsklage den Willen des Beklagten bestimmen will, unmittelbar das zu thun, was seine Pflicht gegenüber dem Kläger gebietet, will man ihm in der durch das Feststellungsurtheil geschaffenen Rechtsgewißheit ein Motiv geben für sein künftiges Verhalten. Ueber die Natur der Klage entscheidet nur der Inhalt, nicht die Wortform des klägerischen Begehrens. Wenn der Kläger sagt, er wolle den Beklagten verurtheilt wissen, anzuerkennen, daß Beklagter der Vater des Klägers sei, so ist doch nur eine Feststellungsklage erhoben, denn jene Anerkennung ist keine Leistung. Diese Wortform lehnt sich nur an die allgemeine Verpflichtung des Beklagten an, hinzunehmen, was der Richter erklären wird. Andererseits kann es nicht zweifelhaft sein, daß jede auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtete Klage eine Leistungsklage ist (z. B. die Klage auf Auflassung eines Grundstücks). Die Eintheilung der Rechtsschutzansprüche in Leistungs- und Feststellungsklage umfaßt alle denkbaren Klagen; ein drittes giebt es nicht[61]). Aber die Feststellungs-

[60]) Die Literatur über die Feststellungsklage ist eine sehr zahlreiche. Hervorheben will ich von derselben vorläufig nur Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (2. Aufl. v. 1867) S. 315 ff. Derselbe: Urtheile des Reichsgerichts S. 143 ff. Weismann, die Feststellungsklage 1879.

[61]) Rocholl, Zeitschr. f. d. C.-P. Bd. 8, S. 329 ff. und Rechtsfälle II, S. 101, will noch eine Kategorie „Konfliktsklagen" aufstellen. Da das, was er unter diesem Ausdruck versteht, entweder Feststellungs- oder Leistungsklage ist, so erscheint die Dreitheilung weder nöthig noch richtig.

Digitized by Google

klagen umfassen ein weites Gebiet. Geht man davon aus, daß sie die Herstellung einer Rechtsgewißheit anstreben und der Gefahr künftiger Rechtsverletzung eben hiermit begegnen wollen, so ergiebt sich die Möglichkeit einer zwiefachen Richtung dieser Klagen: sie wollen entweder eine spätere Rechtsverfolgung des Klägers sichern oder erleichtern oder sie wollen dem Beklagten die Möglichkeit entziehen oder schmälern, gegen den Kläger vermeintliche Rechte geltend zu machen[62]). In jener Richtung behaupten sie einen für den Kläger, in dieser leugnen sie einen für den Beklagten günstigen Rechtszustand. Man theilt sie deshalb ein in affirmative (behauptende) und in negative (leugnende) Feststellungsklagen.

§ 60. Die Klage als die wichtigste Parteihandlung und das für den ganzen Prozeß maßgebende Angriffsmittel hat alle in § 54 diesen beigelegten Eigenschaften: sie spricht eine Willenserklärung und eine diese begründende Rechtsbehauptung aus[63]).

1. Die Willenserklärung des Klägers heißt Klageantrag: sie enthält einen Vorschlag, wie der Richter urtheilen solle, einen ihm unterbreiteten Urtheilsentwurf. Aber eben weil der Antrag nur einen Vorschlag, einen Entwurf enthält, ist der Richter an ihn auch dann, wenn er ihn für begründet erachtet, nicht in der Weise gebunden, daß er ihm nicht einen anderen Wortlaut geben könnte, indem er ihn zum Urtheil erhebt. Der Antrag kann mehr oder weniger bestimmt sein, in jedem Falle kann er den Anspruch des Klägers nur in der Weise und mit den Voraussetzungen zum Ausdruck bringen, wie und unter welchen der Anspruch des Klägers nur überhaupt erhoben werden kann. Ist z. B. die verlangte Leistung des Beklagten von einer vom Kläger Zug um Zug zu gewährenden Gegenleistung abhängig oder steht unter mehreren Leistungen dem Beklagten die Wahl zu, so muß der Klageantrag das Recht des Beklagten berücksichtigen und formell zum Ausdruck bringen. Die Lage des Beklagten darf dadurch

---

[62]) Faßt man den Gegensatz in dieser Weise, so umfaßt man auch die Klagen auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde in § 231 C.-P.-O.

[63]) Planck: Lehrb. I, S. 399 ff.

Digitized by Google

keine schlechtere werden, daß der Kläger im Wege des Prozesses fordert, es folgt hieraus, daß derjenige Kläger, der in seinem Antrage über die Rechte des Beklagten hinweggeht, mehr fordert, als er zu fordern berechtigt ist.

2. Der Antrag ist eine Willenserklärung und stützt sich auf eine Rechts- oder Anspruchsbehauptung, m. a. W.: der Kläger stellt an das Gericht nur deshalb einen Antrag, weil er behauptet, daß ihm gegen den Beklagten ein Anspruch zustehe. Dieser (Klage-) Anspruch kann die einzige Aeußerung eines Rechtsverhältnisses sein, das Rechtsverhältniß kann aber auch mehrere Ansprüche hervorgerufen haben, von denen der Klageanspruch nur einer ist. Dieses Rechtsverhältniß ist der Grund, aus welchem sich der Anspruch entwickelt hat, man nennt es darum den Klagegrund, den Rechtsgrund der Klage[64]); es unterscheidet den in der Klage erhobenen Anspruch von Ansprüchen gleichen Inhalts: es individualisirt die Klage, indem es den Rechtssatz andeutet, von dem der Kläger bei seiner Schlußfolgerung ausgeht; es bestand entweder von vornherein in einer Beziehung bestimmter Personen zu einander oder nur in der Beziehung einer Person zu einem Sachgute[65]).

Wenn z. B. der Klageantrag lautet:

„Der Beklagte soll verurtheilt werden, an den Kläger das Haus Nr. x. zu übergeben",

so entspricht diesem Antrage die Behauptung:

„Ich habe gegen den Beklagten den Anspruch, daß er mir jenes Haus übergebe",

aber weder jener Antrag noch eine in dieser Weise gefaßte Rechtsbehauptung lassen erkennen, von welchem Rechtssatze der Kläger ausgegangen, wenn er zu dem Ergebnisse gelangt ist, daß ihm jener Anspruch zustehe. Erst durch die Angabe des Rechtsverhältnisses, dem der Anspruch sein Dasein verdankt, ermöglicht der Kläger seinem Gegner die Vertheidigung und dem Richter die Prüfung. In dem oben gewählten Beispiele würde die Individualisirung der Klage in folgender Weise erfolgen:

„Ich habe jenes Haus an den Beklagten vermiethet und das Miethverhältniß durch Kündigung in der Weise

---

[64]) Grund hier = Quelle, nicht = Anlaß.

[65]) Windscheid, Pandekten I, § 37. Dernburg, Pand. I, § 40.

Digitized by Google

gelöst, daß der Beklagte das Haus am 1ten dieses Monats räumen sollte."

Diese Worte lassen keinen Zweifel, daß das Miethverhältniß den Klagegrund bildet. Erklärt der Kläger aber:

„Ich habe das Haus als Bestandtheil des Grundstücks Nr. y zu Eigenthum erworben, der Beklagte aber befindet sich auf Grund eines mit dem früheren Eigenthümer angeblich geschlossenen Kaufvertrages im Besitze desselben",

so ist kein Bedenken darüber, daß der Kläger seinen Herausgabeanspruch auf das Eigenthum gründet. Diese Individualisirung ist, wie das gewählte Beispiel zeigt, nothwendig, damit der Richter erkenne, von welchem Rechtssatze die Schlußfolgerung des Klägers ihren Ausgang nimmt. Der Rechtssatz kann ausdrücklich bezeichnet werden, nothwendig aber ist dies nicht, da beim Richter die Kenntniß des objektiven Rechtes vorausgesetzt ist; es genügt, daß der Richter die rechtliche Natur des Anspruches, d. h. seinen Rechtsgrund erkenne; dieser Anforderung kann indeß schon dadurch Genüge geleistet werden, daß der Kläger Thatumstände angiebt, welche auf das Dasein eines von ihm nicht bestimmt bezeichneten Rechtsverhältnisses schließen lassen.

Z. B. der Kläger behauptet: „Ich habe bei dem Beklagten zur Miethe gewohnt und bin am 1. Juli 1887 von ihm fortgezogen. Unter dem unrichtigen Vorgeben, daß ich ihm wegen Beschädigung der gemietheten Räumlichkeiten die Summe von 80 Mark verschulde, hielt er ein Pferd und einen Wagen zurück und benutzte beide mehrere Monate hindurch zu landwirthschaftlichen Arbeiten. Er zog hieraus für sich einen Vortheil, der in Geld geschätzt die Summe von 200 Mark erreicht".

Hier läßt der Klagevortrag erkennen, daß der Kläger einen Bereicherungsanspruch geltend machen, also die Rechtsgrundsatze von der grundlosen Bereicherung in Anwendung gebracht wissen will. Wenn er aber erklärte:

„Ich war einige Zeit gezwungen, den Gewerbebetrieb zu unterlassen, zu dem ich Pferd und Wagen brauchte; erst später habe ich ein Gespann miethen können, für welches ich einen Miethzins von . . . Mark zahlen mußte, ich habe also einen Vermögensverlust von . . . . . erlitten, den der Beklagte mir ersetzen muß",

so läßt er erkennen, daß er einen Schadensersatzanspruch

Digitized by Google

aus unerlaubtem Thun geltend machen und also die hierher gehörigen Rechtsgrundsätze angewendet wissen wolle[66]). Im Falle einer sog. Klagenkonkurrenz, d. h. der Ableitung eines einzigen Anspruches aus verschiedenen Rechtsgründen, genügt eine Thatsachenerzählung, die dem Richter die Prüfung der Klage nach den verschiedenen möglichen Rechtsgrundsätzen gestattet, ja es kann gefährlich sein, in einem solchen Falle sich für ein bestimmtes Rechtsverhältniß zu entscheiden.

Z. B. der Kläger verlangt, daß der Beklagte zur Zahlung von 300 Mark verurtheilt werde und führt an: „Derselbe hat in der Zeit vom 1. Juli 1880 bis 1. November 1886 häufig Waaren aus meinem Geschäfte entnommen und verschiedene Zahlungen auf den Preis derselben geleistet. Da ich Restzahlung verlangte, sandte er mir am 1. November 1886 einen von ihm acceptirten, bei x. domicilirten, am 1. April 1887 fälligen Wechsel über 520 Mark, zahlte aber darauf bis jetzt den Betrag von nur 220 Mark. Der Wechsel ist bisher aus meiner Hand nicht fortgegeben worden. Der Beklagte schuldet also, was er in einem Briefe vom 20. Juni 1887 plötzlich bestreitet, noch die Summe von 300 Mark". Wollte hier der Kläger sagen, der Beklagte schulde jene Summe aus dem Wechsel, so würde er erklären, daß er seinen Anspruch lediglich auf das wechselrechtliche Verhältniß gründe, und würde gemäß Art. 43 W.-O. mit der Klage abgewiesen, weil der Wechsel nicht protestirt ist. Er läßt aber dem Richter die Prüfung offen, ob der Anspruch nicht auf Erfüllung der Kaufverträge gerichtet sei oder ob nicht gemäß Art. 83 W.-O. die Bereicherung gefordert werde.

In diesen Fällen ist das den Klagegrund bildende Rechtsverhältniß durch Mittheilung von Thatsachen, d. h. von historischen Begebenheiten bezeichnet oder angedeutet worden, statt daß gesagt worden wäre: „Ich stehe zum Beklagten in einem Kaufvertrags-, Wechselrechts- 2c. Verhältnisse". Diese Thatsachenmittheilung oder Geschichtserzählung ist nothwendig,

a) um zu zeigen, daß aus einem gewissen Rechtsverhältnisse durch Hinzutritt gewisser Thatumstände ein bestimmter Anspruch sich losgelöst hat, da z. B. die bloße Behauptung: „Ich bin Eigenthümer des Hauses x" ohne

[66]) Z. B. preuß. A. L.-R. I, 6.

Digitized by Google

Hinzufügung der Thatsache, daß der Beklagte dieses Haus in Besitz hat, nicht genügen würde, um einen Anspruch gegen den Beklagten zu begründen,

b) weil dann, wenn gewisse Thatsachen geschehen sind, auch deren Wirkung eingetreten, d. h. ein bestimmt qualificirtes Verhältniß zur Entstehung gelangt ist.

Aber man darf nicht so weit gehen, diese Thatsachen mit dem Klagegrunde für ein und dasselbe oder sie als einen Bestandtheil des Klagegrundes anzusehen (sog. historischer Klagegrund im Gegensatze zum Rechtsgrunde)[67]). Denn auch da, wo, wie bei den persönlichen Rechtsverhältnissen, die Entstehungsthatsache das Rechtsverhältniß und damit den aus ihm hergeleiteten Anspruch individualisirt, dient dieselbe eben nur diesem Zwecke der Konkretisirung: das Rechtsverhältniß läßt sich in anderer Weise juristisch nicht bestimmen, als daß man seine Entstehung angiebt. Ueberall da aber, wo aus dinglichen Rechten geklagt wird, tritt die Entstehung des den Klagegrund bildenden dinglichen Rechtes von selbst auf ihre natürliche Bedeutung zurück; es wäre in dem oben gewählten Beispiel für die Erkenntniß der Rechtsnatur des Klageanspruches gleichgültig, ob der Kläger das Eigenthum am Hause y durch Zuschlag in der Subhastation oder durch Erbgang oder in anderer Weise erworben hat.

Ein anderes ist die Individualisirung, ein anderes die Substantiirung der Klage. Jene will den Obersatz des klägerischen Schlusses bezeichnen, diese den Untersatz einfügen. Letztere tritt deshalb überall da ein, wo historische Begebenheiten als Anwendungsfall eines Rechtssatzes dargestellt werden, also auch da, wo nachgewiesen werden soll, daß das Rechtsverhältniß, welches die Klage behauptet, zur Entstehung gekommen sei. Ueberall da aber, wo die Angabe des Entstehungsgrundes zum Zwecke der Individualisirung nöthig ist, liegt diese in der Substantiirung mit enthalten. Denn je schlüssiger die Thatsachenmittheilung ist, desto deutlicher tritt der Klagegrund hervor.

§ 61. Der Kläger hat zu erklären, daß der geltend gemachte Anspruch gerade ihm (Aktivlegitimation) und daß

[67]) So besonders Wetzell, System § 16. Motive zur deutschen C.-P.-O. S. 182. Reichsg.-Entsch. Bd. X, S. 434. Planck, Lehrb. I, S. 260. Dagegen und für die oben vertretene Ansicht Wach, Vorträge S. 15 ff. und zahlreiche andere Rechtslehrer, z. B. Seuffert, Fitting, Petersen, Birkmeyer, Eccius, Hinschius, Fischer.

Digitized by Google

ihm derselbe gerade gegen den Beklagten zustehe (Passivlegitimation). Es leuchtet ein, daß Aktiv- und Passivlegitimation nichts anderes bedeuten als Berechtigungsnachweis. Da nun der Kläger, wenn anders er den Klageantrag motiviren will, einen ihm gegen den Beklagten zustehenden Anspruch behaupten muß, so gehört der Berechtigungsnachweis zur Klagebegründung. Wer z. B. behauptet: „Ich habe dem Beklagten am . . . auf seine käufliche Bestellung zu dem verabredeten Preise von . . . 10 Mille Cigarren geliefert, ich habe deshalb von ihm den Kaufpreis von . . . Mark zu fordern", der hat mit der Behauptung eines unter den Parteien begründeten Rechtsverhältnisses ohne weiteres auch den aktiven wie passiven Berechtigungsnachweis geführt. In allen den Fällen aber, in denen das den Klagegrund bildende Rechtsverhältniß nicht von Anfang an die Parteien dieses Prozesses miteinander verband, sei es, daß dasselbe unter anderen Personen entstanden war oder daß es den Kläger nur in Beziehung zu einem Sachgute gesetzt hatte, bedarf es der Angabe derjenigen Thatsache, welche das Vorhandensein eines gerade dem Kläger gegen diesen Beklagten zustehenden Anspruches erklärt.

Z. B. A klagt gegen B auf Zahlung von Zinsen einer Hypothekenforderung und sagt: „Ich habe dem C ein Darlehn von 2000 Mark gegeben, das dieser mit 5% zu verzinsen versprach. Die Zinsen sind seit dem . . . . rückständig. Ich verlange dieselben vom Beklagten, weil das Darlehn und die Zinspflicht auf dem Grundbuchblatte des Grundstückes x als Hypothek eingetragen worden und der Beklagte jetzt Eigenthümer dieses Grundstücks ist." Oder: M klagt gegen O auf Zahlung des Preises für Waaren, die O aus dem Geschäfte des P entnommen hat. Daß gleichwohl M einen Anspruch gegen den O hat, erklärt ersterer indem er sagt: „Ich habe das Handelsgeschäft des P mit allen Aktiven, also auch mit dem Guthaben desselben gegen O übernommen."

§ 62. Das Verhalten des Beklagten gegenüber der Klage kann ein rein passives sein. Welche Beweggründe ihn hierzu bestimmen, ob er die Klage für so gänzlich unbegründet hält, daß er eine Vertheidigung nicht für nothwendig erachtet, oder ob er jegliche Vertheidigung für aussichtslos hält, darauf kommt gegenüber der Thatsache, daß er die Vertheidigung unterläßt, nichts an. Eine Pflicht zur Vertheidigung hat er nicht, ein sog. Einlassungszwang besteht

Digitized by Google

nicht, wo nicht das positive Recht einen solchen festsetzt. Von der Bestimmung des positiven Rechtes hängt es ferner ab, ob das Schweigen des Beklagten in gewissem Sinne auszulegen und ob diese Interpretation zur unwiderleglichen Rechtsvermuthung zu erheben ist.

Am Beklagten auch liegt es, ob ein Streit entstehen soll. Will er sich dem Klageanspruche unterwerfen, so leistet er entweder, was der Kläger verlangt, oder er *erklärt* wenigstens daß der Klageanspruch besteht, er giebt ein *Anerkenntniß* ab. Es bedarf dann jedenfalls einer *Entscheidung* des Richters nicht, und in der That ließ es das römische Recht an dem Anerkenntniß des Beklagten genug sein (confessus *pro* judicato est). Wo es jedoch, wie nach der deutschen Civilprozeßordnung, zur Zwangsvollstreckung der formellen Feststellung des klägerischen Rechts durch den Richter bedarf, ist es Sache des Klägers, diesen Ausspruch zu erlangen. Alles dies jedoch nur dann, wenn die vom Kläger behauptete Pflicht des Beklagten dessen freier Verfügung unterliegt. Hiervon muß später noch gehandelt werden.

In beiden genannten Fällen findet eine *abwehrende* Thätigkeit des Beklagten nicht statt.

§ 63. Die *Vertheidigung* des Beklagten kann sich einmal gegen den in der Klage erhobenen Rechtsschutzanspruch oder zugleich auch gegen den Klageanspruch selbst richten.

a) Die Vertheidigung gegen den in der Klage liegenden Rechtsschutzanspruch verfolgt den Zweck, die Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses zu hindern, also den *Mangel einer Prozeßvoraussetzung* geltend zu machen[68]). Fehlt eine solche, so ist das die Prozeßbegründung bewirkende Prozeßrechtsgeschäft ungültig, und zwar ungültig im Sinne von nichtig. Der Richter hat wie die Nichtigkeit privatrechtlicher Geschäfte so auch die der prozessualen Rechtsakte von Amtswegen zu berücksichtigen. Aber manche Prozeßvoraussetzungen sind im Interesse der Partei gegeben, in Ermangelung einer Voraussetzung dieser Art hängt es deshalb vom Willen des Beklagten ab, die durch fehlerhafte Klageerhebung begangene Nichtigkeit zu heilen; es muß hierzu jede

[68]) S. oben § 26.

Digitized by Google

Form der Willenserklärung, wenn diese nur gegenüber den anderen Prozeßrechtssubjekten abgegeben ist, genügen, aber das bloße Schweigen kann auch hier nicht als Willenserklärung gedeutet werden[69]). Weist der Beklagte den Richter auf die Nichtigkeit des Prozeßgründungsaktes hin, so macht er damit keine Einrede in dem unten zu erörternden Sinne, sondern nur eine an die Adresse des Richters gerichtete, die Unverbindlichkeit der unternommenen Prozeßbegründung treffende Rüge geltend. Gleichwohl hat man hier von Exceptionen gesprochen und spricht noch heute von „prozeßhindernden Einreden“[70]). Erweist sich die Rüge als begründet, so ist die Nichtigkeit des Prozeßgründungsaktes festgestellt: der Beklagte hat also nicht nöthig, sich gegen den privatrechtlichen Anspruch des Klägers zu vertheidigen.

b) Das Prozeßrechtsverhältniß enthält die Pflicht des Beklagten, die über den Klageanspruch zu treffende richterliche Entscheidung hinzunehmen. Aber es ist das Recht des Beklagten, durch seine Vertheidigung darauf hinzuwirken, daß der Richter das Vorhandensein des Klageanspruches verneine: er kann dies nur dadurch erreichen, daß er die Rechtsbehauptung des Klägers als unwahr bezeichnet. Unwahr aber ist diese sich als das Ergebniß des klägerischen Syllogismus darstellende Behauptung einmal dann, wenn die beiden Glieder dieses Schlusses nicht auf einander passen oder wenn eines der vom Kläger angenommenen Glieder fehlt, und zweitens dann, wenn außerhalb des Klage-Syllogismus liegende Umstände vorhanden sind, die das Recht des Klägers nicht haben entstehen lassen oder später aufgehoben haben. Während der Beklagte also im ersten Falle seine Vertheidigung an den Gedankengang des Klägers anlehnt und ihn nur als unrichtig bezeichnet, billigt er im zweiten Falle die Richtigkeit dieses Gedankenganges wie der einzelnen Elemente desselben, stellt ihm aber einen selbständigen Thatumstand entgegen, der die Sachlage ändert.

---

[69]) Vgl. hierzu die Literatur über den vereinbarten Gerichtsstand, die sich in den Kommentaren zur C.-P.-O. zu § 39 citirt findet.

[70]) Ueber diesen Ausdruck s. Planck, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 11 S. 161 ff. Bülow, Archiv f. civ. P. Bd. 62, S. 56.

Digitized by Google

1. Ein logischer Fehler nur und daher ein Bedürfniß ausdrücklicher Vertheidigung ist nicht vorhanden, wenn Obersatz und Untersatz nicht in dem Verhältniß zu einander stehen, daß der Schluß, die Rechtsbehauptung, aus ihnen hervorgehen muß. Diesen Fehler der mangelnden Schlüssigkeit aufzudecken, ist Sache der richterlichen Prüfung, der behüflich zu sein im Interesse des Beklagten liegt.
2. Von größerer Wichtigkeit ist diejenige Vertheidigung, die eines der Glieder des klägerischen Schlusses angreift. Sie wendet sich
   a) gegen den Obersatz, indem sie das Vorhandensein der Rechtsnorm leugnet, von welcher der Kläger ausgeht,
   b) gegen den Untersatz, indem sie die Thatumstände, auf welche Kläger die Rechtsnorm angewendet wissen will, als unwahr bezeichnet.

Die erste Art der Vertheidigung, rechtliche Gegendeduktion oder Leugnen des Rechtsgrundes genannt, und um so häufiger, je unklarer oder je verwickelter das objektive Recht ist, liegt in der bloßen Behauptung des Beklagten, daß er den Klageanspruch für rechtlich unbegründet halte, sie kann aber die Gestalt einer rechtswissenschaftlichen Erörterung annehmen.

Die zweite Art der Vertheidigung, die man als das Leugnen des historischen Klagegrundes bezeichnet, die sich mit jener anderen verbinden kann, doch ihre Selbstständigkeit gegenüber derselben bewahrt, wird entweder in der Weise geltend gemacht, daß der Beklagte die zur Klagebegründung aufgestellten Thatsachen ausdrücklich bestreitet, oder in der Form, daß er einen anderen historischen Vorgang, der die Wahrheit des vom Kläger behaupteten Vorganges ausschließt, behauptet. Wenn z. B. die Darstellung des Klägers lautet: „Ich habe dem Beklagten zehn Sack Mais geliefert von derjenigen Sorte, von welcher ich ihm auf dem Wochenmarkte zu M. eine Probe vorgelegt habe und von welcher der Beklagte zehn Sack bestellte", so bleibt die Vertheidigung des Beklagten die gleiche, mag er erklären: „Ich bestreite die Behauptungen des Klägers" oder „Der gelieferte Mais ist von einer anderen Sorte, als von welcher die mir vorgelegte Probe war". Denn ist die letztere Behauptung wahr, so muß die klägerische Behauptung unwahr sein.

Digitized by Google

Dieser immer die Unrichtigkeit des klägerischen Schlusses behauptenden Vertheidigung steht gegenüber die die Richtigkeit des Klagesyllogismus im Ganzen wie in seinen einzelnen Gliedern anerkennende, gleichwohl aber die Wahrheit der Rechtsbehauptung des Klägers leugnende Vertheidigung. Letztere wird geführt durch Aufstellung einer Einrede. Dieser Begriff fällt nicht mit dem römischen Begriff exceptio zusammen, nach unserem Sprachgebrauch bezeichnet sie sowohl reine Thatsachen als auch Rechte.[71])

Um die eine Einrede bildenden Thatsachen von denjenigen Thatumständen zu sondern, welche nach der obigen Darstellung nur ein mittelbares Leugnen des vom Kläger dargestellten Vorganges enthalten, muß man Einrede bezeichnen als die vom Beklagten aufgestellte, die Rechtsbehauptung des Klägers ausschließende Behauptung von Thatumständen, welche von der Wahrheit der zur Begründung der Klage behaupteten Thatsachen unabhängig sind. Sie behauptet entweder

1. eine rechtshindernde Thatsache, d. h. eine solche, welche die Entstehung des klägerischen Anspruches unmöglich machte,
2. eine rechtsvernichtende Thatsache, d. h. eine solche, welche das einst entstandene Recht des Klägers wieder aufhob.

Rechtshindernd wirkt jeder Umstand, kraft dessen einem historischen Vorgange diejenige Wirkung nicht beiwohnen kann, die dieser an und für sich hätte verursachen müssen. Hierher gehören Zwang, Betrug, mangelnde Handlungsfähigkeit, sofern sie einem gewissen Vorgange nur die äußere Erscheinung eines Vertrages beließen, der rechtlichen Wirkung desselben aber störend in den Weg traten.

An diese Thatsacheneinrede reiht sich die Rechtseinrede d. h. das vom Beklagten behauptete Recht, die Befriedigung des bestehenden klägerischen Anspruches verweigern zu dürfen[72]). Wie jene die Richtigkeit der zur Klagebegründung aufgestellten Thatsachen nicht in Frage stellt und also eine von diesen unabhängige Thatsache behauptet, so zieht diese

[71]) Jhering, Geist des röm. Rechts. Bd. III, § 52. Wetzell, § 17. Renaud, § 91—93. Planck, I, S. 404ff. Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für d. deutsche Reich I, S. 359.

[72]) Dernburg, Pandekten I, § 158. Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich I, S. 359.

Digitized by Google

das Vorhandensein des klägerischen Anspruches nicht in Zweifel, behauptet vielmehr ein diesem Anspruche entgegenstehendes Recht des Beklagten. Die Thatsacheneinrede behauptet also Umstände, welche die Rechtsbehauptung des Klägers als unrichtig erscheinen lassen, die Rechtseinrede setzt der richtigen Rechtsbehauptung des Klägers eine selbstständige Rechtsbehauptung des Beklagten entgegen. Wer sich der rei vindicatio des Eigenthümers gegenüber auf ein ihm an der geforderten Sache zustehendes Pfandrecht beruft, der leugnet nicht das Eigenthum des Klägers, auch nicht den Anspruch desselben auf Herausgabe der Sache, aber er behauptet ein selbständiges Recht, das ihm die Befugniß gewährt, jenen Herausgabeanspruch unbefriedigt zu lassen. Von dieser Rechtsbehauptung des Beklagten gilt dasselbe, was von der Rechtsbehauptung des Klägers gesagt worden ist: sie stellt das Ergebniß einer von einer Rechtsnorm ausgehenden, diese auf einen historischen Vorgang anwendenden Schlußfolgerung dar. In dem oben mitgetheilten Beispiele ist also der Gedankengang des Beklagten etwa folgender:

„Nach § 709 C.-P.-O. erwirbt der die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger ein Pfandrecht an der gepfändeten Sache. Nun aber hat der Gerichtsvollzieher G. auf Grund des vollstreckbaren Titels x in meinem Auftrage die jetzt vom Kläger geforderte Sache gepfändet. Ich habe also an dieser ein Pfandrecht erworben."

Eines Antrages des Beklagten d. h. eines von ihm fertig vorgelegten Urtheilsvorschlages bedarf es nicht, da sich aus seinem Verhalten in den meisten Fällen zu vollster Klarheit ergiebt, daß er vom Richter ein Urtheil verlangt, in welchem der klägerische Anspruch als nicht vorhanden bezeichnet oder in welchem ausgesprochen werde, daß der Beklagte von der Pflicht, dem Klageanspruch zu genügen, frei sei. Gleichwohl kann es im Interesse der Beseitigung jeglichen Zweifels geboten sein, auch vom Beklagten die Stellung eines Antrages zu verlangen.

§ 64. Mit der nur auf Abwehr gerichteten Thätigkeit kann der Beklagte einen Angriff gegen den Kläger verbinden, d. h. er ist regelmäßig befugt, eine sog. Widerklage (reconventio) zu erheben, durch welche er gegen den Kläger einen Anspruch auf Beseitigung eines dem Rechte nicht entsprechenden Zustandes geltend macht. Von dieser Klage gilt

Digitized by Google

dasselbe, was von der Klage überhaupt gesagt ist, denn sie ist nichts anderes als eine nur zufällig durch den Angriff des Klägers veranlaßte Klage, die auch zu einem selbstständigen Prozesse hätte führen können. Sie wird mit der ersten Klage zusammen verhandelt. Da hierdurch aber der dem Richter vorgelegte Prozeßstoff an Umfang gewinnt und an Uebersichtlichkeit verliert, haben die meisten Prozeßsysteme die Verbindung einer Widerklage mit der Vertheidigung des Beklagten dann für unstatthaft erklärt, wenn der Prozeßstoff, der durch die Widerklage vor den Richter gebracht wird, nicht im wesentlichen der gleiche ist, wie der durch die erste Klage gegebene.

Wird keine Widerklage erhoben, so kann dem Kläger im ungünstigsten Falle nur eine Zurückweisung des von ihm gemachten Angriffes widerfahren; im Falle der Widerklage aber kann das Urtheil auch gegenüber dem Kläger die Feststellung enthalten, daß er einem Anspruche des Beklagten (Widerklägers) unterworfen sei. Enthält das Urtheil einen solchen Ausspruch, so entspricht dasselbe dem Widerklageantrage. Von einem Antrage des Beklagten unabhängig aber ist ein derartiges Urtheil, wenn es erlassen wird auf eine sogen. doppelseitige Klage[73]). Eine solche strebt die vom Richter vorzunehmende Regelung eines thatsächlich vorhandenen Zustandes an, sie gehört deshalb zu denjenigen Klagen, welche einen gegen den Staat gerichteten Anspruch verfolgen, und kann auch die Verurtheilung des Klägers herbeiführen, wenn die verlangte Regelung eine Leistung auch des Klägers erheischt. Es gehören hierher die sog. Theilungsklagen.

§ 65. Die Stoffvorlage kann sich in Angriff und Vertheidigung erschöpfen. Dieser Fall tritt ein, wenn die vom Kläger behaupteten Thatsachen nicht geeignet sind, den von ihm erhobenen Anspruch, und wenn die vom Beklagten behaupteten Thatsachen nicht geeignet sind, seine Einrede zu begründen. In beiden Fällen wäre es unnöthig, diese „unerheblichen" Thatsachen erst noch zu beweisen. Aber auch nur der als Thatsachenbehauptung bezeichnete Theil der Stoffvorlage kann mit der Erwiderung des Beklagten auf die Klage seine Endschaft erreichen: wenn nämlich der Beklagte das, was der Kläger an thatsächlichem Beurtheilungsstoff vorträgt,

[73]) Eck: Die sog. doppelseitigen Klagen 2c. 1870.

Digitized by Google

als richtig zugesteht oder einfach bestreitet. In beiden Fällen nämlich würde der Kläger nur wiederholen können was er vorher gesagt hat. Anders, wenn der Beklagte eine Einrede vorbringt. Denn durch diese wird ein neuer d. h. bisher noch nicht vorgebrachter Thatumstand in den Prozeßstoff eingeführt, und ist diese Einrede eine Rechtseinrede, so kann sich der Kläger gegenüber der in ihr enthaltenen Rechtsbehauptung ebenso verhalten wie sich der Beklagte gegenüber der Klage-Rechtsbehauptung verhalten konnte. Stellt der Kläger der Einrede eine selbständige Behauptung d. h. eine solche, die von der Wahrheit der Einredethatsachen unabhängig ist, entgegen, so nennt man seine Erwiderung Replik (replicatio), die entsprechende Erklärung des Beklagten Duplik u. s. w.

§ 66. Man ist gewöhnt, die Erklärung des Beklagten auf die vom Kläger behaupteten Thatsachen (Streit-) Einlassung zu nennen, und es leuchtet nach dem Vorangegangenen ein, daß Einlassung und Einrede begrifflich verschiedene Dinge sind. Aeltere Prozeßsysteme haben die Einlassung zu einem Formalakte gestaltet, die Mitwirkung des Beklagten erzwungen oder fingirt und an diesen Akt eine Reihe prozeßrechtlicher und materiellrechtlicher Wirkungen geknüpft. Nach ihnen ist die Einlassung Prozeßgründungsakt (s. oben § 48). Für diejenigen Prozeßsysteme, nach welchen die Streiteinlassung nicht Prozeßeröffnungsakt ist, hat sie nur noch die Bedeutung, daß sie dem Richter Gewißheit darüber verschafft, daß eine prozeßhindernde Einrede nicht erhoben wird, daß also da, wo der Richter nicht von Amtswegen den Mangel einer Prozeßvoraussetzung beachten muß, das Prozeßrechtsverhältniß mit dem schon in der Vergangenheit liegenden Prozeßgründungsakte ins Leben gerufen worden ist.

β. Der Beweis.

§ 67. Der Richter kann sein Urtheil nur auf Thatsachen stützen, die für ihn feststehen. Diese Eigenschaft aber besitzen nur

1. diejenigen Thatsachen, welche er von vornherein nicht bezweifeln konnte,
2. diejenigen, welche ihm bewiesen sind.

Zu der ersteren Kategorie gehören

a. die offenkundigen,
b. die zugestandenen Thatsachen.

Digitized by Google

Offenkundig (notorisch) ist eine Thatsache, die dem Richter bekannt ist, weil sie entweder allgemein bekannt oder gerade diesem Richter in Folge Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist[74].) Zu den allgemein bekannten Thatsachen sind insbesondere auch diejenigen zu zählen, die Gemeingut desjenigen Gesellschaftskreises sind, welchem der Richter angehört, heutzutage also die, deren Kenntniß zur allgemeinen Bildung gehört (vgl. Entsch. d. Reichsg. Civils. Bd. 17, S. 269). Zu den dem Richter amtlich bekannt gewordenen Thatsachen müssen auch Neigungen, Eigenheiten und Gepflogenheiten von Personen gerechnet werden, die der Richter in Ausübung des Richteramtes kennen gelernt hat. Ausgeschlossen von der Notorieät ist alles, was der Richter als Privatperson erfahren hat; denn in Betreff solcher Thatsachen steht seine Kenntniß in nichts höher als die eines jeden anderen Zeugen. Zur Offenkundigkeit aber kann nur jener hohe Grad von Sicherheit in der erworbenen Kemntniß führen, den die durch die Amtspflicht gesteigerte Aufmerksamkeit des Richters erreicht. Aus diesem Grunde kann er denn auch nur diejenige Thatsache als notorisch betrachten, die er noch gegenwärtig so sicher weiß, daß sie eine für ihn feststehende ist.

Zugestanden ist eine Thatsache, wenn der Gegner desjenigen, der sie behauptet, den Willen verräth, dieselbe nicht zu bestreiten. Denn es ist Sache der Parteiverfügung, Behauptungen des Gegners zu bestreiten, auch wenn sie wahr sind, und zuzugestehen, auch wenn sie unwahr sind. An diese Parteiverfügung ist der Richter, wie später gezeigt werden wird, regelmäßig gebunden. Werden also diejenigen Thatsachen, welche auf die Entscheidung des Prozesses Einfluß haben, zugestanden, so ist die Stoffvorlage beendet d. h. die „Sache ist spruch- (urtheils-) reif". Werden aber erhebliche d. h. die Entscheidung bedingende Thatsachen von der Gegenpartei bestritten, so stehen zwei widersprechende Parteierklärungen einander gegenüber. Da an und für sich die eine Partei so viel Glauben verdient als die andere, so muß die bestrittene Thatsache so lange bezweifelt werden, bis sie unzweifelhaft gemacht d. h. bewiesen ist. Das Beweisen bildet also, da

---

[74]) Vgl. die im wesentlichen übereinstimmenden Definitionen bei Endemann, Beweislehre S. 73 ff. Wetzell, § 20 Nr. 3. Wach, Vorträge S. 155. Jedoch auch Heusler, Archiv f. civ. P., Bd. 62, S. 270 ff. v. Canstein, Zeitschrift f. deutschen C.-P. Bd. 2, S. 302 ff.

Digitized by Google

nur feststehende Thatsachen Urtheilsgrundlage sein können, einen Theil der Stoffvorlage.

§ 68. Beweisen heißt, Jemandem die Gewißheit von der Wahrheit einer Behauptung verschaffen. Nach dem Gegenstande der Behauptung aber bestimmen sich die Art und die Mittel des Beweises[75]). Hier stehen der logische und der historische Beweis einander gegenüber.

1. Wer eine allgemeine Wahrheit d. h. eine solche von allgemeiner Giltigkeit zu beweisen unternimmt, muß von gegebenem ausgehen. Dieses gegebene sind entweder wieder allgemeine Wahrheiten oder Thatsachen, die eines Beweises nicht fähig oder nicht bedürftig sind. Als Mittel, die Wahrheit des Beweisatzes zu erhärten, dient dieser Beweisführung die Schlußfolgerung, sie verlangt von dem, dem der Beweis geführt werden soll, nur das Mitmachen derjenigen Denkthätigkeit, die sich in dem Verstande des Beweisführers vollzogen hat.
2. Wer ein bestimmtes Ereigniß zu beweisen hat, kann von nichts gegebenem ausgehen; jeder Schluß von anderen Ereignissen auf das zu beweisende kann nur die Annahme daß das letztere eingetreten sei, begründen, Gewißheit aber kann nur die letzte Quelle menschlicher Vorstellung erbringen: die sinnliche Wahrnehmung. Auf ihr beruht aller historische und aller prozessuale Beweis, denn beide wollen darthun, daß ein bestimmtes Ereigniß eingetreten sei. Zu den Voraussetzungen des Daseins oder der Endschaft von Rechten gehören aber nicht ausschließlich sinnlich wahrnehmbare Vorgänge der uns umgebenden Welt, eine in die Sinne fallende Handlung eines Rechtssubjektes hat in vielen Fällen nur dann eine oder eine bestimmte rechtliche Wirkung, wenn sie in einer gewissen Meinung oder Absicht vorgenommen ist, Seelenvorgänge aber können nur festgestellt werden mittelst Schlußfolgerungen aus gegebenem. Ferner müssen in der Geschichte wie im Prozeß häufig Begebenheiten bewiesen werden, die zwar sinnlich wahrnehmbar waren, deren Wahrnehmbarkeit sich aber auch nicht einmal durch Berichte anderer ersetzen läßt. Auch in diesem Falle ist der Beweis-

[75]) Lotze, Logik §§ 199 ff.

Digitized by Google

führer darauf angewiesen, von gegebenem auf das zu beweisende zu schließen. Es ergiebt sich hieraus, daß der prozessuale Beweis nicht lediglich mit der sinnlichen Wahrnehmung zu operiren hat, daß er vielmehr die Denkarbeit und die Denkgesetze zu Hilfe nehmen muß. Aber während der logische Beweis vermittelst dieser den Denkgesetzen entsprechenden Verstandesthätigkeit zu sicheren Ergebnissen, ja in dem Falle, wenn er von einer absoluten Wahrheit ausgeht, wieder zu absoluter Wahrheit gelangen muß, ist der historische Beweis genöthigt, sich mit bloßer Wahrscheinlichkeit zu begnügen. „Gewißheit — sagt Lotze, — über die Wirklichkeit einer Thatsache giebt nur die eigene sinnliche Wahrnehmung; auch sie nur unter der Voraussetzung, daß die Deutung richtig sei, durch welche wir den Inhalt der sinnlichen Empfindung, der ursprünglich allein das gegebene ist, in der Form eines Urtheils zu einem Ganzen von innerlicher Zusammengehörigkeit verknüpft haben. Ueberlieferung dagegen verlangt zu der Glaubwürdigkeit der Zeugen oder der Berichterstatter ein Zutraun, das man aus allerhand Gründen mehr oder minder empfehlen oder rechtfertigen, aber niemals als nothwendig beweisen kann; jeder Rückschluß ferner von gegebenen Thatsachen auf eine andere, die von ihnen als ihre Ursache bezeugt werde, scheitert daran, daß zwar jede Folge ihren zulänglichen Grund, und nur einen einzigen Grund haben muß, daß aber sehr viele verschiedene aequivalente Thatsachen der Wirklichkeit die Ursache gebildet haben können, in denen allen dieser Grund der gegebenen Wirklichkeit vorhanden war . . . " „Ueberall mithin, wo unsere unmittelbare Wahrnehmung nicht ausreicht, sind wir in der Beurtheilung der Wirklichkeit auf Wahrscheinlichkeit beschränkt und haben die Mittel aufzusuchen, durch welche wir dieser eine für unsere Zwecke hinreichende Annäherung an Gewißheit zu verschaffen im Stande sind" [76]). Dieser „hohe Grad von Wahrscheinlichkeit, welcher bei möglichst erschöpfender und gewissenhafter Anwendung der vorhandenen Mittel der Erkenntniß entsteht, gilt im praktischen Leben als Wahrheit, und das Bewußtsein des Erkennenden von

[76]) Lotze, Logik § 278.

Digitized by Google

dem Vorliegen einer so ermittelten hohen Wahrscheinlichkeit, als die Ueberzeugung von der Wahrheit“ [77]). Das Ziel des Beweises im Prozesse ist daher da, wo Gewißheit nicht zu erlangen ist, die *Ueberzeugung* des Richters von der Wahrheit einer Thatsache [78]).

§ 69. Der letzte Satz des vorigen Paragraphen gilt sowohl im Strafprozesse wie im Civilprozesse. Aber da Niemand für das bestraft werden kann, was er in Wahrheit nicht begangen hat, was der Richter vielmehr als Wahrheit blos *behandelt*, so haben Willenserklärungen der Partei (Geständnisse, Verzicht auf Beweis, Parteieid) oder des Gesetzes (Rechtsvermuthungen, Fiktionen), nach denen eine vielleicht oder sicher unwahre Thatsache als wahr, eine wahre Thatsache als unwahr *gelten* soll, im Strafprozeß keine Stätte. Aber es ist durchaus unrichtig, wenn behauptet wird, der Beweis im Civilprozesse sei nicht auf Feststellung der historischen oder materiellen Wahrheit, sondern nur auf Herstellung sog. formeller Wahrheit gerichtet. Formelle Wahrheit giebt es nicht. Deshalb ist das Ziel auch des civilprozessualischen *Beweises* überall die einzige d. i. die historische Wahrheit. Aber die Parteien und das Gesetz können das Gebiet des civilprozessualischen Beweises beschränken, indem sie Thatsachen kraft ihres Willens der Nothwendigkeit eines Beweises überheben. Nur von diesen Thatsachen kann gesagt werden, daß sie der Richter als wahr *behandeln* müsse, auch wenn sie der Wirklichkeit nicht entsprechen, und nur hinsichtlich dieser Thatsachen gilt der wenig zutreffende Ausdruck, daß sich der Civilprozeß mit der formellen Wahrheit begnügen müsse.

Aber der vom Historiker geführte Beweis einer Thatsache wendet sich an den von allen äußeren Einflüssen unabhängigen, lediglich seinen eigenen Bahnen folgenden kritischen Verstand des Lesers; er kann daher als Mittel des Beweises auch alles verwerthen, wodurch sich die Ueberzeugung des

---

[77]) Worte des *Reichsgerichts* im Urth. v. 14. Januar 1885, Bd. 15 (Civils.) S. 339. Aehnlich *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 227.

[78]) v. *Canstein*, die rationellen Grundlagen S. 27—29.

Digitized by Google

Lesers nur immer bestimmen lassen kann[79]). Der Richter aber genießt nicht immer die Freiheit eines so unbeeinflußten Beweisempfängers. Wie er in allem Thun und Lassen an das Gesetz gebunden ist, so kann er auch unter gesetzlichen Regeln stehen, die ihm vorschreiben, daß er sich nur durch bestimmte Mittel, von diesen aber unter Umständen ganz überzeugen lassen müsse, oder daß er sich nur bis zu einem gewissen Grade überzeugen lassen dürfe. Diese Lehre von der sog. Beweisprüfung gehört an eine andere Stelle dieses Systems, sie mußte hier aber eine vorläufige Erwähnung finden, weil das Vorhandensein oder der Umfang gesetzlicher Beweisgrundsätze die auf den Beweis gerichtete Parteithätigkeit beeinflußt.

§ 70. Das deutsche Wort „beweisen" bezeichnet, wie die lateinischen Ausdrücke „probare" und „demonstrare" eine Thätigkeit dessen, der einen *Andern* überzeugt sehen möchte. Der Begriff des Beweises setzt deshalb das Vorhandensein zweier Personen voraus, die des Beweisführers und die des Beweisempfängers, und demnach zwei verschiedene Thätigkeiten, die aktive der Beweisführung und die passive der Beweisentgegennahme. Wo diese Merkmale nicht vorhanden sind, da kann man von *Beweis* nicht sprechen. Wer wissenschaftliche Wahrheiten aufsucht oder die Erklärung für eine bisher nur angenommene Wahrheit findet, der untersucht oder forscht; er *beweist* erst, wenn er einen Andern von der Richtigkeit seiner Behauptungen zu überzeugen unternimmt. Aber auch der, der die Erkenntnißquellen für die Wahrheit einer bestimmten Thatsache beschafft und zu dem Zwecke benutzt, um sich selbst von der Wahrheit der Begebenheit zu überzeugen, forscht, ermittelt, untersucht; ein Beweis wird weder ihm noch von ihm geführt. Das also, was man im modernen Strafprozeß mit dem hergebrachten Namen Beweis bezeichnet, sollte richtiger Ermittlung oder Untersuchung genannt werden.

Im Civilprozeß wird im wahren Sinne des Wortes *bewiesen*. Beweisführer ist immer eine Partei, Beweisempfänger aber nie die Gegenpartei, sondern immer der Richter[80]).

[79]) Hinsichtlich der Geschichtsschreibung vgl. *Rehm*, Lehrbuch der historischen Propädeutik, herausg. v. H. v. Sybel. 1850. — S. auch v. *Sybel*, Vorträge und Aufsätze. Berlin 1874. S. 1 ff.

[80]) Das gilt auch für den altgermanischen Prozeß.

Digitized by Google

Denn der Beweis wird nur zu dem Zwecke geführt, damit die dem Richter bisher zweifelhafte Thatsache zu einer ihm unzweifelhaften und damit zur geeigneten Urtheilsgrundlage werde. An der hieraus sich ergebenden Folgerung, daß die Partei grundsätzlich eine aktive Thätigkeit entwickelt, der der Richter passiv gegenübersteht, ändert der Umstand nichts, daß das positive Recht dem Richter gestatten kann, durch selbstthätige Ermittelung sich über Thatumstände Klarheit zu verschaffen, die ihm die Partei nicht beschaffen kann oder die ihm das Verständniß der Beweisführung erleichtert.

§ 71. Gegenstand des civilprozessualischen Beweises ist immer eine Begebenheit oder ein Zustand, also eine bestimmte Thatsache[81]). Aber es muß von vornherein festgehalten werden, was oben (§ 68 Nr. 2) gesagt worden ist, daß nur die unmittelbar rechtserheblichen Thatsachen zu beweisen sind, rechtserheblich aber nicht immer der in die Sinne fallende Vorgang, sondern zuweilen der diesem zu Grunde liegende Seelenvorgang im Handelnden ist. Wer z. B. eine Anfechtungsklage erhebt auf Grund des § 3 Nr. 1 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879[82]), behauptet, daß sein Schuldner das Grundstück Nr. 8 X an den Beklagten veräußert habe in der diesem bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen. Diese Behauptung und keine andere ist Gegenstand des Beweises. Da er dieselbe indeß nicht unmittelbar beweisen kann, löst er sie (das Beweisthema) in einzelne Sätze auf. Er behauptet und beweist demnach zunächst die erfolgte Veräußerung, d. h. einen sinnlich wahrnehmbar gewesenen Vorgang. Er hat damit aber das Ziel seiner Beweisführung nicht erreicht, er muß vielmehr noch die betrügerische Absicht seines Schuldners und die Kenntniß des Beklagten von dieser Absicht darthun. Da weder jene Absicht noch diese Kenntniß in die Sinne fielen, so muß der Beweisführer zur Schlußfolgerung seine Zuflucht nehmen. Er legt deshalb klar

[81]) Langenbeck, Beweisführung S. 43. Endemann, Beweislehre S. 38 ff. Heusler, im Arch. f. C.-P. Bd. 62, S. 209 ff. Wendt ebendas. Bd. 63, S. 254 ff. Mach, Vorträge S. 148 ff. v. Canstein, Zeitsch. f. C.-P. Bd. 2, S. 297 ff. John, Strafprozeß-Ordnung I S. 463 u. A.

[82]) „Anfechtbar sind
1. Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat;"

Digitized by Google

1. daß der Beklagte in freundschaftlichen Beziehungen zum Schuldner steht; er legt damit dem Richter den Untersatz für die erste Prämisse dar, daß erfahrungsmäßig der Freund dem Freunde zu helfen geneigt ist;
2. er zeigt, daß die Veräußerung vorgenommen worden ist zu einer Zeit, als dem Schuldner die Zwangsvollstreckung wegen einer erheblichen Geldforderung drohte, und gewährt damit für die erste Prämisse, daß es ein psychologisch erklärlicher Wunsch ist, vor dem Zugriffe der Gläubiger besonders werthvolle Vermögensstücke zu retten, dem Richter die zweite Prämisse;
3. endlich zeigt er, daß der Schuldner vor jener Veräußerung erklärt hat, er werde es dahin bringen, daß seine Gläubiger bei ihm nichts finden werden; damit giebt er dem Obersatze, daß spontane Aeußerungen der ungetrübte Ausdruck wahrer Gedanken sind, den Untersatz.

Diese drei als Untersatz bezeichneten Thatsachen sind an und für sich gleichgültig: erst ihre Verknüpfung mit den entsprechenden Obersätzen giebt ihnen die Bedeutung von Beweisgliedern. Um jenen beabsichtigten Beweis zu führen, genügt also nicht die Klarlegung dieser als Untersatz zu verwerthenden Thatsachen (der sog. Indizien), sondern es bedarf dazu noch der Erregung einer ferneren, d. i. den Obersatz enthaltenden Vorstellung im Beweisempfänger. Diese Erregung der sämmtlichen zu einem Schlusse nothwendigen Vorstellungen bildet die Thätigkeit der Beweisführung. Daß jene Vorstellungen, welche den Obersatz bilden, so natürlich sind und so nahe liegen, daß es nur der Erwähnung des Untersatzes bedarf, um auch jene sofort zu wecken, ändert hieran nichts, denn das Dasein der Vorstellung ist immer das Ergebniß einer Thätigkeit des Beweisführers.

Daß die Beweisführungsthätigkeit der Partei bei dem Nachweise der indicirenden Thatsache Halt mache, ist danach eine mit dem Wesen des Beweises nicht zu vereinigende Anschauung. Denn der Beweisempfänger kann ja mit der indizirenden Thatsache eine andere Vorstellung verknüpfen, als der Beweisführer will. Man müßte dann den mathematischen Beweis ganz verwerfen, denn die Glieder, deren der Mathematiker zu seiner Beweisführung bedarf, sind alle

Digitized by Google

im Verstande des Beweisempfängers geborgen; er beweist eben dadurch, daß er die Vorstellung dieser Glieder weckt und sie miteinander verbindet.

Der äußere Gang unseres Beweisverfahrens ist freilich geeignet, jene irrthümliche Auffassung vom Beweise hervorzurufen. Denn den Weg, den die Schlußfolgerung gehen soll, zeigt der Beweisführer regelmäßig *vor* aller Beweisaufnahme, d. h. er löst von vornherein sein Beweisthema in einzelne Artikel auf, er läßt den Richter also vorläufig die Wahrheit des Untersatzes unterstellen und weckt jene Vorstellungen schon mit der bloßen Behauptung des Untersatzes. Allein auch diese Thätigkeit gehört schon mit zur Beweisführung und wird meistens auch als solche richtig bezeichnet.

Wer mehrere Indizien für eine und dieselbe Thatsache aufstellt, wie in dem oben gewählten Beispiele, verhehlt sich nicht, daß vielleicht eines derselben und daher ein einziger Schluß genügt, daß aber jedes weitere Indiz die Möglichkeit eines von dem Gedanken des Beweisführers abweichenden Gedankenganges des Beweisempfängers vermindert. Es bleibt schließlich vielleicht eine einzige denkbare Kausalitätsreihe übrig.

Man darf dabei nicht vergessen, daß der Indizienbeweis nie zwingend sein *kann*, daß das höchste, was er erreichen kann, immer nur ein hohes Maß von Wahrscheinlichkeit bleibt.

§ 72. Der prozessualische Beweis bedient sich zur Erreichung seines Zieles

1. der Beweisgründe,
2. der Beweismittel.

1. Beweisgrund.

§ 73. Das Wort „Beweis" wird nicht immer in der Bedeutung von Beweis*führung* gebraucht, es bezeichnet auch das Ergebniß dieser Thätigkeit. In diesem Sinne wird das Wort in dem Begriffe „Beweisgrund" verwerthet. Letzterer läßt sich daher bestimmen als Grund des *Erfolges* der beweisenden Thätigkeit, mithin ist Beweisgrund Alles, wodurch die Ueberzeugung des Beweisempfängers von der Wahrheit einer Thatsache beeinflußt wird. Man beachte die Unterschiede in folgenden Beispielen:

a) Ein Zeuge erzählt, B habe an A 100 Mark gezahlt. Das kann wahr sein, aber nichts bestimmt mich, von

Digitized by Google

dieser Wahrheit überzeugt zu sein. Fährt der Zeuge fort: „A hat mir erzählt, daß er von B 100 Mark gezahlt erhalten habe," so werde ich eher geneigt sein, die Thatsache der Zahlung zu glauben. Denn ich kann aus dem Erfahrungssatze, daß derartige Erzählungen regelmäßig die Wahrheit enthalten (Obersatz) und aus dem Umstande, daß der Zeuge eine solche Erzählung des A gehört hat (Untersatz), auf das Beweisthema der erfolgten Zahlung schließen. Wenn aber der Zeuge erklärt: „Es war am letzten Markttage im Januar 1887, als A am Ladentische des B stand, letzterer aus der Ladenkasse 5 Zwanzigmarkstücke herausnahm, sie dem A hinschob und dieser sie ergriff und in die Tasche steckte," so werde ich von der Thatsache der Zahlung überzeugt sein. Denn ich schließe: Nur der, der einen Vorgang deutlich wahrgenommen und im Gedächtniß bewahrt hat, kann denselben nach längerer Zeit noch in allen Einzelheiten wiedergeben. Nun aber hat der Zeuge den Zahlungsvorgang genau wiedererzählt, folglich hat dieser Vorgang stattgefunden.

b) Der Kläger behauptet, daß er das Eigenthum einer Fläche Landes durch Ersitzung erworben habe. Er hat deshalb u. A. zu beweisen, daß er an diesem Grundstücke in dem Glauben an sein Eigenthum Besitzhandlungen vorgenommen habe. Die Besitzhandlungen selbst beweist er ohne Schwierigkeit, für seinen guten Glauben aber erbringt er das Indiz, daß er jene Landfläche der Steuerbehörde als sein Eigenthum bezeichnet habe. Der Richter schließt: Niemand ist geneigt zu versteuern, was er nicht für sein Eigenthum hält. Nun aber hat der Kläger das streitige Grundstück versteuern wollen. Folglich war er der Meinung, daß dasselbe sein Eigenthum sei.

In beiden Fällen wirkt auf die Ueberzeugung des Richters keineswegs blos der Untersatz des von ihm gemachten Schlusses, denn dieser würde an und für sich betrachtet, gleichgültig sein; bestimmend wirkt auch der Obersatz, weil nur aus der Verknüpfung beider der angestrebte Erfolg hervorgeht. Deshalb bildet jedes Glied des Schlusses einen Beweisgrund. Die indizirende Thatsache ist daher immer Beweisgrund, aber Indiz und Beweisgrund sind nicht dasselbe. Jene Beispiele zeigen gleichzeitig, daß

Digitized by Google

a) in demjenigen Beweise, der das Beweisthema unmittelbar der Erkenntnißquelle entnimmt (*natürlicher* Beweis) jede Prämisse für den Schluß, daß die Erkenntnißquelle die Wahrheit an den Tag gebracht habe, einen Beweisgrund bildet,

b) daß in demjenigen Beweise, der aus den vorhandenen Erkenntnißquellen nur Indizien für die Wahrheit des Beweisthemas entnimmt (*künstlicher* oder Indizienbeweis), nicht blos die indizirende Thatsache, sondern auch der ihr übergeordnete Obersatz einen Beweisgrund bildet.

Je geringer die Möglichkeit ist, aus dem Untersatze eine andere Folge abzuleiten, als das Beweisthema, je unzweifelhafter der Obersatz ist, desto stärker ist der in ihnen liegende Beweisgrund, desto größer ist die *Beweiskraft* des Beweisgrundes. Beweiskraft ist also nichts als eine Eigenschaft des Beweisgrundes.

2. Beweismittel.

§ 74. Beweismittel ist jede Erkenntnißquelle. Die Kenntniß von Begebenheiten und Zuständen kann nur durch Einwirkung auf die Sinne der erkennenden Persönlichkeit begründet werden. Da aber die Person, der einst ein Beweis zu führen sein wird, in den meisten Fällen nicht diejenige ist, welche jetzt den zu beweisenden Vorgang wahrnimmt, so muß sich der Beweis in den allerzahlreichsten Fällen damit begnügen, in dem Beweisempfänger annähernd die gleiche Anschauung hervorzurufen, welche er bei eigener Wahrnehmung gehabt haben würde. *Beweismittel* ist also jeder Gegenstand, der im Richter die Anschauung der ihm zu beweisenden Thatsache hervorruft[83]).

Diese Anschauung ist entweder eine unmittelbare, wenn die zu beweisende Thatsache von den Sinnen des Richters selbst wahrgenommen wird, oder eine mittelbare, wenn der Richter von der Thatsache Kenntniß erhält durch Ueberlieferung Seitens derjenigen Personen, welche sie mit Sinnen wahrgenommen haben.

---

[83]) Wach, krit. Viertelj. Bd. 14, S. 235: „Das Beweismittel ist das Objekt, welches durch seine Einwirkung auf die Sinne des Richters (immer?) in ihm gewisse Vorstellungen und Schlüsse hervorruft.

Digitized by Google

a) Die unmittelbare Anschauung.

§ 75. Unmittelbare Anschauung gewährt dem Richter

1. derjenige Gegenstand, dem zufällig die Eigenschaft beiwohnt, eine Thatsache beweisen zu können,
2. derjenige Gegenstand, dem durch den menschlichen Willen die Bestimmung gegeben ist, einen gewissen Gedanken zum Ausdruck zu bringen und also die Thatsache dieses Gedankens zu beweisen[84]).

Der erstere wird, obwohl es nicht immer das Gesichtsorgan ist, welches die Vorstellung vermittelt, Augenscheinsobjekt genannt, alle Gegenstände der letzteren Art fallen unter den Begriff der Urkunde.

Wenn in einem Grenzstreit eine Partei sich darauf beruft, daß in einer bestimmten Linie die Ueberreste von Zaunpfählen vorhanden sind, so sind diese Pfähle Augenscheinsobjekte, weil der Zaun nicht als Grenzzeichen, sondern als Schutzwehr errichtet wurde, jene Pfähle also nun zufällig beweisen, daß in der Linie, die sie bilden, früher ein Zaun gestanden hat. Werden aber Grenzsteine aufgefunden, so ist eine Urkunde gegeben, denn die Steine hatten die Bestimmung, die Grenzlinie zu bekunden. Wer verpflichtet ist, auf einer gewissen Strecke eine Telegraphenleitung herzustellen, der hat bei der Errichtung nicht die Absicht, sich ein Beweismittel für seine Leistung zu beschaffen, sondern nur die, seine Verpflichtung zu erfüllen. Die alsdann vorhandenen Telegraphenstangen sind deshalb Augenscheinsobjekte. Ein Schuldschein ist eine Urkunde, weil ihm die Bestimmung gegeben ist, die in ihm enthaltene Verpflichtungserklärung zu beweisen. Ist in ihm aber an erheblicher Stelle eine Rasur vorhanden, so ist diese Augenscheinsobjekt, weil sie nicht mit der Absicht vorgenommen wurde, einen bestimmten Gedanken zu überliefern. Wenn A einen Brief schreibt und in diesem erklärt: „Senden Sie mir 100 Centner Würfelkohle," so errichtet er unzweifelhaft eine Urkunde, weil der Brief den ausschließlichen Zweck hat, die Bestellung zum Ausdruck zu bringen. Wer an seinen Bruder ein Gratulationsschreiben richtet und in diesem beiläufig bemerkt: „Vorigen Monat war

---

[84]) Wetzell, § 24, Note 2. Seuffert, Commentar zur C.-P.-O. zu § 380. Wendt, Arch. f. C.-P. Bd. 63, S. 310 f. Hellmann, Lehrb. d. Civilprozeßrechts § 85.

Digitized by Google

ich genöthigt, mir von M 500 Mark zu leihen," errichtet gleichfalls eine Urkunde, weil er diese Thatsache seinem Bruder mittheilen will und also jener Theil des Schreibens einen Gedanken des Schreibers zum Ausdruck bringen soll.

§ 76. Das Augenscheinsobjekt beweist durch sein bloßes Dasein oder durch seine Eigenschaft[85]). Auch ein Handeln kann Augenscheinsgegenstand sein[86]). Den Beweisgrund für die Ueberzeugung des Richters von der zu beweisenden Thatsache bildet die Erwägung, daß das Objekt nicht vorhanden sein würde oder nicht die thatsächlich an ihm vorgefundene Eigenschaft haben könnte, wenn nicht diejenige Begebenheit vorgegangen wäre, welche bewiesen werden soll.

§ 77. Die Urkunde beweist durch ihr Dasein, daß der Gedanke, den sie überliefern soll, erklärt worden ist. Ihrem Begriffe wesentlich aber ist nicht die ihr gegebene Bestimmung, einst als Beweismittel verwerthet zu werden, sondern die, einen Gedanken nur überhaupt zu überliefern, d. h. entweder Anderen mitzutheilen oder auch nur in dem Urheber des Gedankens letztere wieder hervorzurufen.

Beweisgrund für die Ueberzeugung dessen, dem der Beweis der durch die Urkunde vermittelten Gedankenerklärung geführt werden soll, ist im Allgemeinen die Erfahrung, daß derjenige, der eine gewisse Vorstellung nicht gehabt hat oder die Kundgebung seines Gedankens nicht beabsichtigt, demselben kein auf Ueberlieferung gerichtetes bleibendes Zeichen verleiht.

§ 78. Nach ihrem Inhalt sind die Urkunden entweder

1. erzählende (referirende) oder
2. verfügende (disponirende).

1. Die erzählende Urkunde enthält einen Bericht des Ausstellers über eine zu seiner Vorstellung gelangte Begebenheit. Um diese für wahr zu halten, bedarf der Beweisempfänger außer jenem allgemeinen noch des besonderen Beweisgrundes, daß der Aussteller der Urkunde

---

[85]) Damit erledigt sich die Frage, ob der „Augenschein" Beweismittel ist (Seuffert zu § 336 C.-P.-O.). Die Frage ist in dieser Form nicht präcis gestellt: das Objekt des Augenscheines ist Beweismittel, die Einnahme des Augenscheines ist Beweisaufnahme.

[86]) S. Kohler, Rechtsaufgaben Nr. 18.

Digitized by Google

das, was er in ihr erzählt, hat wissen können. Denn jeder urkundliche Bericht enthält ein Zeugniß. Bezeugt werden aber kann nur das, was man mit Sinnen wahrgenommen. Aus diesem Grunde enthält eine Urkunde, die einen bestimmten Vorgang nur wieder auf Grund des Berichtes Anderer erzählt, einen Beweis nicht für die Wahrheit dieses Vorganges, sondern nur für die Thatsache der erfolgten Mittheilung derselben. Aber auch wer eigene Wahrnehmungen berichtet, kann die ihm gewordenen Sinneseindrücke falsch gedeutet oder unvollständig in sich aufgenommen, ja er kann die Absicht gehabt haben, die Unwahrheit zu sagen. Ein hohes Maß von Beweiskraft müssen deshalb diejenigen Berichte haben, die von einer zur urkundlichen Herstellung derartiger Berichte besonders in Pflicht genommenen Person über eigene Wahrnehmungen abgefaßt sind.

2. Verfügende Urkunden sind diejenigen, welche eine Willenserklärung des Ausstellers enthalten. Dieselben bezeugen also nicht einen vom Aussteller nur wahrgenommenen Vorgang, sondern geben dessen eigensten Willensausdruck wieder. Während demnach die erzählende Urkunde die Unwahrheit enthalten kann, ist dies bei der verfügenden Urkunde begrifflich ausgeschlossen: sie beweist die Thatsache der Willenserklärung, und diese Thatsache ist wahr. Entspricht der in der Urkunde ausgesprochene Wille dem wahren Willen des Ausstellers nicht, so kann die beurkundete Willenserklärung ungültig sein, d. h. es kann ihr die Wirkung fehlen, die eine Willenserklärung von der Art wie die abgegebene ist, dem Rechte nach haben sollte, aber die Thatsache, daß der Aussteller eine gewisse Willenserklärung abgegeben hat, bleibt bestehen. Es folgt hieraus, daß die verfügende Urkunde gegen Jeden beweist. Denn es muß Jedermann anerkennen, daß die Thatsache der erfolgten Willenserklärung wahr ist[87]).

§ 79. Der üblichen Eintheilung[88]) der Urkunden in drei Kategorien muß entschieden entgegengetreten werden. Die

[87]) Wetzell, System § 24 I 1.

[88]) S. bes. Wetzell § 24. Heusler a. a. O. L. Seuffert im Commentar z. C.-P.-O. vor § 380.

Digitized by Google

Urkunde soll nach dieser Auffassung entweder eine Verfügung oder ein Geständniß oder ein Zeugniß (Indiz) enthalten. Das aber, was man mit dem Ausdruck Geständniß bezeichnet („Darlehns- und Depositionsscheine, Anerkenntnisse von Rechnungen, Bescheinigungen über den Empfang von Dotalobjekten, Inventare, Vormundschafts- und Verwaltungsrechnungen") erweist sich bei genauerer Betrachtung im einzelnen Falle immer *entweder* als Verfügung *oder* als Zeugniß. Wer in einer Verwaltungsrechnung erklärt, daß er gewisse Einnahmen gehabt habe, *bezeugt* einen von ihm wahrgenommenen Vorgang; wer in einem Inventar erklärt, daß diese und diese Sachen vorhanden seien, *bezeugt*, daß er diese Sachen vorgefunden habe. Wesentlich verschieden von diesem Zeugnisse ist die an dasselbe geknüpfte Erklärung, daß man jene Einnahmen auszahlen, jene Sachen herausgeben wolle; denn diese letzte Erklärung ist eine *Verfügung*. Wer folgendes Schuldbekenntniß ausstellt:

> „Ich habe heut von Herrn M 700 Mark geliehen erhalten und werde diese Summe mit 5% verzinsen.
> P., den 27. Juni 1888.
> A. O."

der kann die Worte „heute, den 27. Juni 1888" nur entweder als Zeugniß oder als Willenserklärung meinen. Ist es Zeugniß, so kann dasselbe unrichtig sein, in welchem Falle es zweifelhaft sein muß, ob der Zinsenlauf an diesem Tage beginnen könne. Ist es aber der Wille des Schuldners, mit dem 27. Juni 1888 als Schuldner behandelt zu werden, so kommt es darauf, ob das Datum die Wahrheit enthält, nicht an: in diesem Falle ist der Schuldschein eine in *allen* Stücken dispositive Urkunde. In den regelmäßig mit dem Ausdruck „Geständniß" bezeichneten, passender mit dem Worte „Anerkenntniß" zu belegenden Erklärungen liegen regelmäßig Verzichtleistungen, jedenfalls rechtsgeschäftliche Willensäußerungen. Wer z. B. erklärt:

> „Die von meinem Vormunde gelegte Rechnung ist richtig",

der verzichtet auf das Recht der Bemängelung.

So kommt es denn, daß man genöthigt ist, den Satz aufzustellen, eine Geständnißurkunde beweise immer nur *gegen*

Digitized by Google

den Aussteller[89]). Man übersieht hierbei, daß die beweisende Kraft begrifflich nothwendige Eigenschaft einer jeden Urkunde ist, gleichviel welchen Inhalt dieselbe hat. Denn das, was die Urkunde einzig und allein beweisen soll, beweist sie unter allen Umständen, nämlich die Thatsache des erfolgten Gedankenausdrucks. Ob dieser Ausdruck da, wo er einen Bericht enthält, wahr, und da, wo er eine Verfügung ausspricht, gültig ist, ist eine im konkreten Falle besonders zu erörternde Frage, deren Bejahung oder Verneinung der Urkunde ihre Eigenschaft als solche nicht entzieht. Wenn also z. B. im Nachlasse eines Verstorbenen ein Buch vorgefunden wird, in welchem sich folgender Vermerk findet:

„Am 8. Juli 1887 dem Bauer M 250 Mark geliehen,"

so läßt sich der Beweis, daß der Verstorbene bei Niederschrift jenes Vermerks den in diesem überlieferten Gedanken gehabt hat, durch nichts entkräften. Doch ist es wahrscheinlich, daß man diese Notiz als eine für ihren Urheber günstige nicht als voll überzeugend betrachten wird. Weiß man aber, daß der Verstorbene ein gewissenhafter und zuverlässiger Mann war, so wird es nicht leicht sein, die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit des Inhalts jener Notiz zu erschüttern. Jedenfalls also ist durch die Urkunde ein Indiz zu Gunsten ihres Ausstellers erbracht, über das kein gewissenhafter Richter hinweggehen kann. Man denke auch daran, daß man ordnungsmäßig geführten Handelsbüchern von jeher ein hohes Maß von Beweiskraft zu Gunsten ihres Eigenthümers zuerkannt hat, ja daß nach der C.-P.-O. des deutschen Reiches kein Richter gehindert ist, diesen Büchern zu Gunsten ihres Urhebers vollen Glauben zu schenken. Enthält eine Urkunde aber ein „Geständniß" oder allgemeiner ausgedrückt, den Bericht einer für den Aussteller ungünstigen Thatsache, so tritt neben jenes in dem erfolgten Gedankenausdruck liegende Indiz der meistens zwingende Beweisgrund hinzu, daß füglich Niemand eine ihm nachtheilige Thatsache überliefert, wenn dieselbe nicht wahr ist. Dieses Zusammenwirken zweier Beweisgründe ist es, was den Inhalt der Geständnißurkunde regelmäßig zu voller Ueberzeugung des Beweisempfängers bringt. Doch auch nur regelmäßig. Denn

[89]) Wetzell a. a. O.

Digitized by Google

selbst dieser Bericht kann ein unwahrer sein. Gleichwohl ist er bewiesen, bis durch Gegenbeweis seine Unwahrheit erbracht wird.

§ 80. Jede Urkunde kann nur dann beweisen, wenn sie echt ist, d. h. von demjenigen herrührt, der in ihr als Aussteller bezeichnet ist. Diese Thatsache kann selbst wieder den Gegenstand eines Beweises bilden.

b) Die durch Ueberlieferung vermittelte Anschauung.

§ 81. Die Ueberlieferung der von Anderen wahrgenommenen Vorgänge geschieht durch Berichte dieser Personen. Ist ein solcher Bericht ein schriftlicher, so liegt die Ueberlieferung in dem Niederschreiben desselben, und das Geschriebene heißt Urkunde. Aber, wie gezeigt, beweist die Urkunde nur die Thatsache des Gedankenausdrucks (§ 77), und es bleibt die Frage offen, ob die überlieferte Vorstellung der Wahrheit entsprach oder nicht. Wer eine berichtende Urkunde abfaßt, bezeugt. Zeuge ist, wer einen Vorgang oder einen Zustand mit Sinnen wahrgenommen hat. Man geht deshalb nicht fehl, wenn man jeden Verfasser einer Chronik, eines Tagebuches, kurz einer Geschichtsquelle als Zeugen bezeichnet[90]). Im Prozeßrecht aber pflegt man als Zeugen nur diejenige Person zu bezeichnen, die in einem bestimmten Prozesse eine von ihr sinnlich wahrgenommene Begebenheit dem Richter mittheilt[91]). Ob diese Begebenheit identisch ist mit der zu beweisenden Thatsache oder ob sie nur ein Indiz für die Wahrheit derselben enthält, ist an sich gleichgültig.

Das mündliche oder in einer erzählenden Urkunde niedergelegte Zeugniß ist glaubwürdig, wenn der Zeuge die Wahrheit sagen konnte und wenn er sie sagen wollte. Im Stande, über den zu beweisenden Vorgang die Wahrheit zu sagen, ist, wer von diesem Vorgang eine der Wirklichkeit entsprechende Vorstellung erlangt hat. Sein Zeugniß wird um so höhere Beweiskraft besitzen, je gespannter die Sinne des Zeugen auf jenen Vorgang gerichtet waren. Darum wird

---

[90]) v. Sybel, Vorträge und Aufsätze S. 5 ff.
[91]) Langenbeck, die Beweisführung S. 442 ff. Endemann, Beweislehre S. 185 ff. Wetzell § 23.

Digitized by Google

z. B. das Zeugniß dessen, der an zwei in Vertragsunterhandlungen stehenden Personen vorübergegangen ist und dabei zufällig einige von diesen gesprochene Worte vernommen hat, an Beweiskraft erheblich zurückstehen hinter dem Zeugnisse dessen, der von den Parteien als Vermittler oder Urkundsperson zu den Unterhandlungen zugezogen worden ist. Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob der Zeuge die Wahrheit zu berichten gewillt ist. Man kann zwar von dem Erfahrungssatze ausgehen, daß der, dem die Angabe der Wahrheit nicht schadet, dieselbe auch wird sagen wollen. Aber auch dieser Satz enthält schon eine Bedingung. Um eine Richtschnur für die richterliche Beurtheilung zu geben, hat die sog. gesetzliche Beweistheorie einige Grundsätze, welche sich auf Erfahrung stützen, zum Gesetz erhoben, sie hat eine Reihe von Verdachtsgründen aufgestellt, welche die Glaubwürdigkeit des Zeugen abschwächen sollen, und ist soweit gegangen, dem Richter vorzuschreiben, daß er nur dann, wenn zwei unverdächtige Zeugen in ihren Angaben übereinstimmen, die bezeugte Thatsache für wahr halten dürfe. Allein Grundsätze, die auf Erfahrung beruhen, braucht man nicht zum Gesetz zu machen: von ihnen wird der Richter, der sich ein Urtheil über die Glaubwürdigkeit eines Zeugen bilden soll, ausgehen, auch wenn sie nicht im Gesetz stehen. Ob aber gegen den Zeugen gerade im vorliegenden Falle einer der Verdachtsgründe obwaltet oder nicht, hängt so sehr von der Individualität dieses Zeugen ab, daß die Aufstellung ausgleichender allgemeiner Grundsätze viel öfter schädlich als nützlich wirkt. Als Mittel, die Glaubwürdigkeit des Zeugen zu verstärken, dient der Zeugeneid. Derselbe ist ein Versprechens- (promissorischer) Eid, wenn der Zeuge vor Abgabe seines Berichtes verspricht, die Wahrheit sagen zu wollen, oder ein Versicherungs- (assertorischer) Eid, wenn der Zeuge nach Abgabe seines Berichts versichert, die Wahrheit gesagt zu haben. Der Eid enthält in allen Formen und Formeln, die die Geschichte kennt, eine Bekräftigung der Aussage des Zeugen, in den meisten Fällen ist er eine Anrufung des höchsten Wesens zum Zeugniß dafür, daß das, was der Zeuge erklärt, wahr sei. Die Feierlichkeit des Eidesleistungsaktes soll dem Zeugen das Bewußtsein einflößen, daß er eine sein Gewissen bindende religiöse Handlung vornehme. Die Verletzung des Eides zieht überdies weltliche Strafe nach sich.

Digitized by Google

§ 82. Die Ablegung des Zeugnisses ist Ehrenpflicht, seit Justinian erzwingbare Bürgerpflicht. Befreit von ihr sind diejenigen Personen, die durch Abgabe eines Zeugnisses eine vom Gesetz höher gehaltene Pflicht verletzen würden. Verschieden von der Zeugnißpflicht ist die sog. Erscheinungspflicht, d. h. die Verbindlichkeit, auf gehörige Ladung vor dem Richter zu erscheinen. Von ihr sind die vom Zeugnißzwange befreiten Personen nicht entbunden.

§ 83. Eine Ueberlieferung enthält auch der von der Partei selbst gegebene Bericht über ihr bekannte Thatsachen. Erklärt eine Partei eine für sie nachtheilige Thatsache, so giebt sie ein Geständniß oder Zugeständniß ab. Die Wirkung eines solchen besteht darin, daß die zugestandene Thatsache aus der Reihe der beweisbedürftigen ausscheidet. Diese Wirkung aber ist nicht darauf zurückzuführen, daß die zugestandene Thatsache wahr ist, sondern darauf, daß die Partei auf ihr Recht, die Behauptung des Gegners zu bestreiten, verzichtet. Das Geständniß ist also nicht Ueberlieferung in dem oben (§ 74) angegebenen Sinne und daher nicht Beweismittel. Aber auch das sog. außergerichtliche Geständniß kann nicht als Beweismittel bezeichnet werden, obwohl diese Anschauung von gewichtigen Stimmen[92]) vertheidigt wird. Man versteht unter außergerichtlichem Geständniß im Gegensatz zum gerichtlichen eine jede nicht in diesem Prozesse vor Gericht abgegebene bejahende Erklärung einer Partei über Thatsachen, die ihr nachtheilig sind. Solche Erklärungen haben verschiedenen Werth je nach der Willensmeinung, in welcher sie abgegeben worden sind. Liegt dem Geständniß die Absicht zu Grunde, von vornherein auf das Recht der Vertheidigung hinsichtlich eines gewissen Thatumstandes zu verzichten, so ist dasselbe ein Akt der Parteiverfügung ebenso wie das gerichtliche Geständniß. Seine Wirkung beruht deshalb nicht auf der Wahrheit der zugestandenen Thatsache, sondern auf dem rechtsgeschäftlichen Willen der Partei, die gestandene Thatsache als wahr zu behandeln. Der Unterschied zwischen gerichtlichem und außergerichtlichem Geständniß liegt nur darin, daß die den Gegenstand des ersteren bildende Thatsache in Folge des Geständnisses zu einer von vornherein feststehenden wird, daß da-

[92]) Wetzell, System § 22. Wach, Vorträge S. 153.

Digitized by Google

gegen die den Gegenstand des außergerichtlichen Geständnisses bildende Thatsache nachher im Prozesse bestritten werden kann, daß also die Thatsache, welche ehedem zugestanden wurde und jetzt bestritten wird, in die Reihe derjenigen eintreten muß, welche zu beweisen sind. Aber die privatrechtliche Gültigkeit des vorangegangenen Geständnisses bewirkt, daß das Geständniß nicht widerrufen werden darf[93]). Es folgt hieraus, daß der, der eine außergerichtlich zugestandene Thatsache im Prozeß bestreiten will, die Unverbindlichkeit jenes Dispositivaktes nachweisen muß. — Jedes nicht in jener Absicht (animus confitendi) erklärte außergerichtliche Geständniß kann immer nur einen Beweisgrund für die Wahrheit der zugestandenen Thatsache abgeben. Dieser Beweisgrund reiht sich als Untersatz an die erste Prämisse an, die dahin lautet, daß erfahrungsmäßig Niemand Thatsachen zuzugestehen pflegt, die ihm nachtheilig sind, wenn nicht diese Thatsachen wahr sind. Es folgt hieraus gleichzeitig, daß das Geständniß eine indizirende Thatsache ist, die wie andere Thatsachen selbst erst wieder des Beweises bedarf, also nicht Beweismittel sein kann[94]).

Das dispositive außergerichtliche Geständniß fällt unter den Begriff der Beweisverträge. Solche können einen mannigfachen Inhalt haben, sie können insbesondere bedingt oder unbedingt sein, sie können den Zweck haben, diejenige Partei, welche einen bestimmten Beweis zu führen hat, der Nothwendigkeit dieses Beweises überhaupt oder der Benutzung eines bestimmten Beweismittels zu entheben, sie können aber auch bezwecken, der beweisführenden Partei den Gebrauch eines bestimmten Beweismittels zu untersagen. Die Gültigkeit solcher Verträge hängt von denjenigen Voraussetzungen ab, unter denen überhaupt prozessualische Verträge verbindlich sind (s. oben § 20); sie binden insbesondere auch den Richter,

---

[93]) S. besonders Planck, Lehrb. I, § 63 und v. Canstein, Anerkennung und Geständniß S. 101 ff., dessen weiterer Scheidung in materielles (auf der Wahrheitspflicht beruhendes) und schlichtes Geständniß ich nicht folgen kann. Vgl. darüber auch Hellmann, Lehrb. S. 483.

[94]) Ueber das außergerichtliche Geständniß vgl. noch Wendt im Archiv f. C.-P. Bd. 63, S. 296 ff. v. Canstein in der Zeitschrift für deutsch. C. P. Bd. 2, S. 310 ff. Planck, Lehrb. § 63, der den Gegensatz mit den Worten „Willenserklärung" und „Wissenserklärung" bezeichnet. Wach, Arch. f. C.-P. Bd. 64, S. 201 ff.

Digitized by Google

wenn in ihnen nichts weiter liegt, als eine Disposition über ein der Partei zustehendes Recht. Wenn z. B. ein Zeuge über eine bisher streitige Thatsache vernommen wird, beide Parteien aber verzichten auf seine Beeidigung, so liegt in diesem Verzicht ein Zugeständniß der vom Zeugen bekundeten Thatsache. Desgleichen enthält ein Abkommen dahin, daß der Beweis schon dann erbracht sein solle, wenn dieselbe durch ein gewisses Beweismittel dargethan wird, das vielleicht nicht geeignet sein würde, die volle richterliche Ueberzeugung zu begründen, nicht etwa ein den Richter in seiner Wahrheitsprüfung bindenden Vertrag, sondern ein bedingtes Geständniß.

§ 84. Berichte der Partei über ihr günstige Thatumstände entbehren an und für sich jeglicher Beweiskraft. Denn die Behauptung der einen Partei kann grundsätzlich keinen höheren Werth beanspruchen, als die Verneinung der Gegenpartei. Gleichwohl schießt man auch hier über das Ziel hinaus, wenn man den Richter verpflichten will, der Parteibehauptung in keinem Falle Glauben zu schenken: es können in dem Charakter der betreffenden Partei, wie in Nebenumständen so zwingende Beweisgründe für die Wahrheit der Parteibehauptung liegen, daß auch ein gewissenhaft nach seiner freien Ueberzeugung urtheilender Richter über jeden Zweifel an der Wahrheit jener bloßen Behauptung hinwegkommt. Aber erfahrungsmäßig handelt es sich in solchen Fällen nur um Ausnahmen.

Nichtsdestoweniger kann kein Prozeßsystem auf die in der Parteibehauptung liegende Erkenntnißquelle verzichten. Um sie verwerthen zu können, auch dann, wenn nicht schon in ihr selbst jener Grad von Wahrscheinlichkeit enthalten ist, den man als Wahrheit gelten lassen muß, bedarf es einer besonderen Garantie für ihre Wahrheit, und diese Bürgschaft hat man von Alters her in der eidlichen Bekräftigung gefunden.

Die einfachste Form dieser eidlichen Parteierklärung weist der altgermanische Prozeß auf. Hier war es die in dem Parteieneide liegende Einsetzung der Persönlichkeit des freien Mannes, was den Urtheilsfinder jeder Prüfung der Wahrheit des Eidesinhaltes überhob, die in vielen Fällen nicht eimal genügte, sondern in dem Eide anderer Personen eine die Möglichkeit des Gegentheils ausschließende Bekräftigung erfahren mußte. Unter einem anderen Gesichts-

Digitized by Google

punkte steht die in manchen neueren Gesetzgebungen[95]) zugelassene eidliche Vernehmung der Partei. Hier prüft der Richter die Aussage der Partei. Diese wird also zum Zeugen in eigener Sache gemacht. Es läßt sich nicht verkennen, daß einerseits diese Verwerthung des Parteienzeugnisses dem Wesen des Civilprozesses widerspricht, daß sie andererseits gegenüber dem bisherigen formalistischen Eidesrecht einen Fortschritt enthält. Diesem Fortschritte steht der nicht genügend[96]) gewürdigte Nachtheil gegenüber, daß in vielen Fällen, in denen es eine Unbilligkeit sein würde, nur die eine Partei zu vernehmen, zwei widersprechende eidliche Erklärungen, von denen die eine nothwendig falsch sein muß, einander entgegentreten, daß damit die Zahl der Meineide unnöthig vermehrt wird, und daß überall da, wo die Partei ein Zeugniß gegen sich ablegen müßte, eine vielfach nutzlose Quälerei ihres Gewissens verursacht wird.

Zwischen der eidlichen Parteienvernehmung und der Eidesleistung über die eigene Behauptung der Partei steht der sog. richterliche oder Notheid[97]). Dieser besteht in einer vom Richter zur Ergänzung eines unvollständig gebliebenen (Erfüllungseid) oder zur Beseitigung eines nicht vollständig erbrachten Beweises (Reinigungseid) verlangten Eidesleistung der Partei über eine vom Richter bezeichnete Thatsache. Sein Werth besteht darin, daß er den Zweifel an der Wahrheit einer Thtsache, der trotz der mit anderen Mitteln unternommenen Beweisführung zurückgeblieben ist, beseitigt, sei dies nun der Zweifel an der Verneinung oder der an der Behauptung der Thatsache. Er kann deshalb in keinem Prozeßsysteme ganz entbehrt werden, in dem Mechanismus der sog. gesetzlichen Beweistheorie aber bildet er ein geradezu nothwendiges Glied, weil nur selten ein ihren Anforderungen nach voller Beweis möglich ist, die Lücke, die zwischen dem „halben" oder „Viertelbeweise" bis zum vollen Beweise geblieben ist, demnach durch den Eid der Partei ausgefüllt werden muß. Diese Theorie aber hat sich nicht daran gekehrt, daß der Notheid

---

[95]) Nordamerika, England, Oesterreich (Bagatellprozeß-Ges. vom 27. April 1873, §§ 53 ff.).

[96]) v. Bar, Recht und Beweis im Civilprozeß S. 149—152. Vgl. über diesen Gegenstand: Mittermaier im Arch. f. c. P. Bd. 42, S. 423. v. Canstein, die eidliche Parteienvernehmung und der Schiedseid. 1886.

[97]) Wetzell § 26. Renaud § 142. Busch, Arch. f. c. P. Bd. 21, 7.

Digitized by Google

nur dann von Werth sein kann für die Ergründung der Wahrheit, wenn diejenige Partei, die ihn nach den gesetzlichen Beweisgrundsätzen leisten soll, die zu beschwörende Thatsache mit ihren Sinnen wahrgenommen hat. Denn nur in diesem Falle kann die Partei selbst Erkenntnißquelle sein. Man ist vielmehr zur Schöpfung des sog. Ignoranz-, Kredulitäts- (Glaubens-) oder Ueberzeugungseides gelangt, mittelst dessen die schwurberechtigte Partei schwört, daß sie nichts wisse, was ihre Behauptung entkräfte, oder daß sie glaube oder daß sie überzeugt sei, daß dies oder jenes geschehen sei.[98]) Gegen die Möglichkeit und Zulässigkeit eines solchen Eides läßt sich an sich nichts einwenden, denn es kann für den Richter sehr wichtig sein, zu wissen, zu welcher Ueberzeugung die Partei nach gewissenhafter Prüfung aller ihr bekannten Thatsachen gelangt ist. Fehlerhaft aber ist es, diesem Eide die gleiche Wirkung beizulegen, wie demjenigen Eide, durch welchen die Partei die Wahrheit des von ihr selbst wahrgenommenen Vorganges beschwört (Wahrheitseid). Der an gesetzliche Beweisgrundsätze nicht gebundene Richter steht diesem Beweismittel unbefangener gegenüber, weil er zu ihm nur im äußersten Nothfalle zu greifen braucht, dann aber ungezwungen abwägen kann durch den Eid welcher Partei er sich überzeugen lassen wolle. Doch auch für ihn enthält die Zulässigkeit des Notheides die Versuchung, die Verantwortung eigener gründlicher Wahrheitsprüfung auf das Gewissen der Partei abzuwälzen[99]).

§ 85. Alle diese Eide sind Beweiseide, denn es soll durch sie die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit einer Parteibehauptung begründet werden.

Einen Gegensatz zu ihnen bildet der jetzt sog. Schiedseid d. i. der von der behauptenden Partei der Gegenpartei angetragene (zugeschobene) Eid[100]).

Wer das Wesen dieses Eides von vornherein richtig erfassen will, muß davon ausgehen, daß mit dem Eidesantrage die behauptende Partei nicht, wie mit ihren anderen Be-

---

[98]) Zimmermann, der Glaubenseid. 1863.

[99]) Zink, Ermittlung des Sachverhaltes im französ. Civilprozesse I, S. 523 ff. v. Bar, Recht und Beweis S. 129 ff.

[100]) v. Savigny, System des heut. röm. Rechts VII, S. 47 ff. Wetzell § 27. Renaud § 132 ff. Muther, die Gewissensvertretung im gem. deutschen Recht, 1860. Wach, Vorträge S. 162 ff. Heusler a. a. O., S. 299 f. Wendt a. a. O., S. 270 ff.

Digitized by Google

hauptungen, den Richter, sondern die Gegenpartei anredet. Nur an diese wendet sich die den Eid antragende Partei, um sie zur Aufgabe oder zur Bewahrheitung des von ihr gegen eine behauptete Thatsache erhobenen Widerspruches zu veranlassen. Denn derjenige, der seinem Gegner den Eid zuschiebt, stellt eine bestimmte (Thatsachen- oder Rechts-) Behauptung auf, erklärt, daß er den Inhalt der Behauptung als Urtheilsgrundlage verwerthet wissen wolle, verzichtet aber auf diese Behauptung für den Fall, daß die andere Partei das Gegentheil jener Behauptung beschwören sollte. In der Eideszuschiebung also liegt ein Ausdruck höchsten Vertrauens nicht blos auf die sichere Kenntniß, sondern auch auf die Gewissenhaftigkeit der Gegenpartei. Erklärt nun die also angeredete Partei die Annahme des Eidesantrages, also die Absicht, den Eid zu leisten, so verneint sie das, was der Antragsteller („Deferent") behauptet hatte, mit gleicher Entschiedenheit. Dann stehen zwei mit Rücksicht auf die Eidesleistung abgegebene und hierdurch verschärfte Erklärungen gleichwerthig einander gegenüber. Die angeredete Partei hat den bedingten Verzicht des Antragstellers angenommen, also ist ein Vertragsverhältniß entstanden, von dem keine Partei einseitig zurücktreten kann: es kommt jetzt nur noch darauf an, ob die vom Antragsteller für seinen Verzicht aufgestellte Bedingung eintreten, d. h. ob sein Gegner den Eid leisten wird oder nicht. Erfolgt der Schwur, so steht das Gegentheil der vom Antragsteller erklärten Behauptung fest, aber nicht deshalb, weil der Inhalt der eidlichen Erklärung wahr ist oder unbedingt wahr sein muß, sondern deshalb, weil der Antragsteller sich verbindlich gemacht hatte, nicht seine uneidliche, sondern die gegentheilige beschworene Behauptung zur Urtheilsgrundlage machen zu wollen. Erfolgt die Leistung des angetragenen und angenommenen Eides nicht, so steht die unter Eideszuschiebung erklärte Behauptung fest, aber nicht deshalb, weil sie wahr ist, sondern weil die Partei, die den Eid angenommen, mit dieser Annahme eine verpflichtende Erklärung abgegeben hatte, daß sie die Behauptung ihres Gegners als Urtheilsgrundlage angesehen wissen wolle.

Nimmt die angeredete Partei („Delat") den Eid nicht an, erklärt sie also, daß sie den angetragenen Eid nicht leisten werde, so läßt sie hiermit, gleichviel ob sie den Eid nicht leisten wolle oder nicht leisten könne, den ernstlichen Widerspruch gegen die verschärfte Behauptung ihres Gegners fallen.

Digitized by Google

Wer auf den Eidesantrag gar keine Erklärung abgiebt, der verletzt nicht etwa eine ihm der anderen Partei oder dem Gericht gegenüber obliegende Pflicht, sondern er verzichtet auf ein ihm von seinem Gegner eingeräumtes Recht: er unterläßt es, der verschärften Behauptung seines Gegners eine gleichwerthige Behauptung entgegenzustellen: er widerspricht nicht. In den beiden letztgenannten Fällen kommt ein Vertragsverhältniß nicht zu Stande. Die unter Eid gestellte Behauptung wird daher nicht um deswillen Urtheilsgrundlage, weil die angeredete Partei eine dahin gehende vertragsmäßige Pflicht auf sich genommen hatte, sondern deshalb, weil sie dieser Behauptung keinen gleichwerthigen Widerspruch entgegengesetzt hat, diese also in die Reihe derjenigen einrückt, welche als unwidersprochen eines Beweises nicht mehr bedürfen.

Wem der Eid zugeschoben ist, der geräth nicht selten in einen Kampf seines Gewissens mit seinem Rechtsgefühl: er ist überzeugt, daß sein Gegner die Unwahrheit behauptet, ist aber nicht im Stande, die entgegengesetzte Behauptung zu beeiden. Es ist ihm deshalb regelmäßig gestattet, den Eidesantrag zwar abzulehnen, aber gleichzeitig das Verlangen zu stellen, daß der Antragsteller selbst beschwöre, was er behauptet: den Eid zurückzuschieben (referre). Er verpflichtet sich hierdurch, die Behauptung seines Gegners, also das Gegentheil der seinigen Behauptung, als Urtheilsgrundlage gelten zu lassen, falls jener sie eidlich bekräftigen sollte. Das Gesetz, das die Zurückschiebung gestattet, weicht hiermit in gewissem Sinne von der strengen Rechtskonsequenz ab: denn in der Eideszuschiebung liegt die Aufforderung, den Widerspruch gegen eine Behauptung als einen begründeten zu erweisen oder ihn fallen zu lassen; ein drittes giebt es auch hier nicht. Aber, wie oben hervorgehoben, ist die Eideszuschiebung eine feierliche, eine verschärfte Behauptung, und nur einer in dieser Weise qualificirten Erklärung kann eine Wirkung beigelegt werden, die einem aufrecht erhaltenen Widerspruch seine Bedeutung als Verneinung raubt. Jene Eigenschaft aber würde der Eideszuschiebung dann nicht beiwohnen, wenn der Antragende die unter Eidesdelation gestellte Behauptung nicht selbst im Hinblick auf einen von ihm zu leistenden Eid erklärte. Derjenige also, der einen Eid zurückschiebt, erprobt hiermit die Gewissenhaftigkeit seines Gegners, und wenn nun der Antragende den zurückgeschobenen Eid nicht leistet, so zeigt er,

Digitized by Google

daß seine Behauptung nur scheinbar jenen gesteigerten Ernst besaß, folglich auch durch einfachen Widerspruch beseitigt werden konnte.

Es hat sich gezeigt, daß der Schiedseid Beweismittel nicht sein kann. Denn gerade dann, wenn er geleistet wird, ist die Behauptung, die bewiesen werden soll, widerlegt, und diejenigen Thatsachen, die in Folge Eidesantrages Urtheilsgrundlage werden, erlangen die Eigenschaft kraft Parteiwillens, nämlich entweder auf Grund des durch Eidesantrag und Eidesannahme zu Stande gekommenen Vertrages oder auf Grund des vom Gegner des Antragenden erklärten Verzichtes auf den Widerspruch. Aus der Natur des Schiedseides als einer Parteiwillenserklärung (Disposition)[101]) folgt, daß der Richter an diese Erklärung gebunden ist, ohne daß er zu prüfen berechtigt wäre, ob die nunmehr zur Urtheilsgrundlage gemachte Thatsache der Wahrheit entspricht oder nicht. Man hat deshalb gesagt: „Jusjurandum speciem transactionis continet.“[102]) Diesem Ausspruche kann man unbedingt beipflichten, wenn man in ihm nur den Ausdruck der Anschauung findet, daß jegliche Eideserklärung eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung enthalte. Als Vergleich aber kann der Eid nur dann bezeichnet werden, wenn er, geleistet oder verweigert, das Urtheil ersetzt[103]).

§ 86. So unentbehrlich der Eid der Partei im Civilprozeß ist für alle diejenigen Fälle, in welchen andere Mittel der Feststellung fehlen, und so nützlich er sein mag zum Zwecke der raschen Erledigung eines weitaussehenden Streites, eine so große Gefahr birgt er in sich für die Ermittelung der Wahrheit und hiermit für das Recht der Partei[104]). Ist der, der einen Eid leisten soll, besonders gewissenhaft, so ist er

---

[101]) Wenn Kohler: der Prozeß als Rechtsverhältniß S. 22. 23 sagt, über Thatsachen könne man nicht disponiren, so ist damit etwas Selbstverständliches ausgesprochen. Die Disposition liegt aber darin, daß die Partei ihren Willen erklärt, daß eine Thatsache als Urtheilsgrundlage behandelt werde. Damit disponirt sie indirekt über den Anspruch.

[102]) Paulus l. 2 D. de jure jur. 12, 2.

[103]) Hierüber wird ausführlicher in der Darstellung des römischen Civilprozesses gehandelt werden.

[104]) Vgl. die Ausführungen von Bar's in: Recht und Beweis S. 125 ff.

Digitized by Google

geneigt, sein Rechtsgefühl von Gewissensbedenken unterdrücken zu lassen, nimmt er den Eid minder ernst, so bringt er leicht auch gewichtige Bedenken gegen die Eidesleistung zum Schweigen. Es werden deshalb weit weniger Meineide als falsche Eide geschworen, weil mancher, der vor die Alternative gestellt ist, entweder einen Eid zu leisten oder einen Prozeß zu verlieren, in dem festen Glauben an sein gutes Recht das erstere wählt, ohne zu prüfen, ob er die Thatsache beschwören könne, welche den Eidesinhalt bildet. Die Gefahr, daß ein falscher Eid geleistet wird, ist um so größer, je mehr der Eidesinhalt sich von dem bloßen Berichte über einen thatsächlichen Vorgang entfernt und zu einem Urtheil über Thatsachen wird, für deren richtige Würdigung die Partei keine Sicherheit bietet. Man sucht dieser Gefahr in der Weise vorzubeugen, daß man einmal nur Thatsachen, d. h. nur faktische Vorgänge, und daß man zweitens nur solche Thatsachen als Inhalt des Parteieneides zuläßt, die die schwörende Partei selbst wahrgenommen hat. Es ist dies keineswegs zu allen Zeiten geltendes Recht gewesen[105]), und auch heute noch überläßt man die Prüfung von Berichten, die von anderen Personen (Vertretern, Rechtsvorgängern) auf die schwurpflichtige Partei gediehen sind, der Intelligenz und der Gewissenhaftigkeit dieser[106]). Es folgt hieraus das Gebot, daß die Partei, die einen Eid zuschiebt, und der Richter, der dem Eide die Fassung giebt, in welcher ihn die Partei leisten soll, allgemeine Begriffe und Urtheile in deren thatsächliche Elemente aufzulösen haben, und daß es moralische Pflicht der schwurbereiten Partei ist, dem Richter diejenigen Bedenken mitzutheilen, die sie gegen eine zu abstrakte Fassung des Eides hegt. Es ist außerordentlich schwierig, hier die richtige Grenze zu ziehen, der Urtheilskraft der Partei möglichst geringe Aufgaben zu stellen, andererseits aber auch in der Auflösung bekannter Rechtsbegriffe (wie Darlehn, Kauf und ähnlichen) nicht zu weit zu gehen, weil es möglich ist, daß die Partei von dem Inhalte des Begriffes eine hinlänglich klare Vorstellung hat, gleichwohl aber eine Definition desselben nicht verstehen würde[107]).

---

[105]) Es wird davon in der Darstellung des altgermanischen und des römischen Civilprozesses die Rede sein.

[106]) Vgl. §§ 410. 424 der deutschen C.-P.-O.

[107]) Vgl. auch Urtheil des Reichsg. in Civils. v. 12. November 1884. Bd. 15, S. 336.

Digitized by Google

§ 87. Beweismittel ist nicht der Sachverständige[108]), d. h. diejenige Person, die vermöge der ihr innewohnenden besonderen Kenntniß und Erfahrung Thatsachen beurtheilt. Zu urtheilen ist Sache des Richters, der Sachverständige übt demnach diejenige Thätigkeit aus, die dem Richter obliegt, d. h. er ergänzt oder ersetzt die kritische Thätigkeit des Richters in Fällen, in denen diesem die besonderen Kenntnisse und Erfahrungen, die zur richtigen Würdigung des dargebotenen Thatsachenmateriales erforderlich sind, fehlen. Aber eine Erkenntnißquelle für das Dasein oder Dageweſensein von rechtserheblichen Thatsachen ist der Sachverständige nicht. Es folgt hieraus, daß dem Richter die Befugniß beigelegt werden muß, sich zu seinem Gehülfen in der Thatsachenwürdigung diejenige Person auszuwählen, durch deren Gutachten er meint sich überzeugen lassen zu können, und daß er berechtigt sein muß, das abgelegte Gutachten selbst zu prüfen oder von anderen Sachkundigen prüfen zu lassen.

§ 88. Hiermit ist die Lehre von den Beweisgründen und Beweismitteln beendet. Der Beweis, den die Partei mit ihnen führt, ist entweder Hauptbeweis oder Gegenbeweis[109]). Ersterer ist darauf gerichtet, die Wahrheit der eigenen Behauptung, letzterer darauf, die Unwahrheit der gegnerischen Behauptung darzuthun.

Wenn z. B. Seitens des Klägers behauptet wird: „Ich habe dem Beklagten ein Darlehn von 300 Mark gegeben," so ist der Beweis, der diese Thatsache erhärten soll, Hauptbeweis. Hauptbeweis aber ist auch der Beweis der Einrede des Beklagten: „Der Kläger hat mir die Schuld erlassen." Wenn der Beklagte jedoch sagt: „Ich habe vom Kläger allerdings 300 Mark erhalten, aber diese Summe ist nicht als Darlehn, sondern als Geschäftseinlage für einen von uns gemeinsam betriebenen Kohlenhandel gezahlt worden," so enthält diese Behauptung ein indirektes Leugnen (§ 63) und der Beweis, der zu ihrer Bewahrheitung unternommen wird,

---

[108]) Wetzell § 44 I 2. Wach, krit. Vierteljahrsschr. 14, S. 333 ff. Derselbe, Vorträge S. 57 f. Heusler a. a. O., S. 237 ff. Wendt a. a. O., S. 269. Glaser, Handbuch des Strafprozesses S. 670 ff. v. Canstein, Zeitschr. f. deutschen Civilprozeß Bd. 2, S. 328 ff.

[109]) Mittermaier, Arch. f. civ. P. Bd. VI, S. 342 ff. Fitting, über den Begriff von Haupt- und Gegenbeweis 1853. Endemann, Beweislehre S. 48 ff. Wetzell § 20.

Digitized by Google

einen Gegenbeweis gegen den Beweis des Klägers, denn es kann nur eine von diesen Behauptungen wahr sein, und indem der Beklagte seine Behauptung beweist, thut er die Unwahrheit der vom Kläger behaupteten Thatsache dar. Darum ist z. B. auch der Beweis, der den Richter davon überzeugen soll, daß ein gekauftes Thier zu einem gewissen Zeitpunkte krank gewesen sei, Hauptbeweis; wenn aber der Gegner beweist, daß diese Krankheit zu einem späteren Zeitpunkt entstanden ist, so führt er den Gegenbeweis, denn wenn seine Behauptung wahr ist, so muß die Behauptung des Gegners unwahr sein.

Ein Gegenbeweis ist immer der gegen eine Rechtsvermuthung unternommene Beweis. Wenn z. B. das Gesetz bestimmt, es solle vermuthet werden, daß eine Person, von deren Leben längere Zeit hindurch keine Kunde gekommen ist, 70 Jahre alt geworden sei, so führt derjenige, der beweisen will, daß eine bestimmte Person zu einem gewissen Zeitpunkte gelebt habe, den Hauptbeweis, indem er die Prämisse der Rechtsvermuthung bewahrheitet. Sache des Gegenbeweises ist es, darzuthun, daß die Rechtsvermuthung im vorliegenden Falle zu einem unrichtigen Ergebniß führe, d. h. daß jene Person schon vor dem fraglichen Zeitpunkt gestorben sei.

Gegenbeweis ist ferner jeder Beweis, der die Schlüssigkeit eines Indizienbeweises dadurch zu erschüttern trachtet, daß er zeigt, wie das vom Gegner zu seinen Gunsten verwerthete Indiz in einer andern Kausalreihe stehe als der vom Kläger behaupteten, daß also auch nicht die Folgerung aus ihm gezogen werden könne, welche der Gegner aus ihr herleitet. In dem oben § 71 gewählten Beispiele schließt der Beweisführer, daß da sein Schuldner eine werthvolle Sache an eine ihm eng befreundete Person veräußert habe, die Veräußerung nur ein Scheingeschäft sei. Wenn hier der Beklagte beweist, daß er dem Schuldner des Klägers eben jener Freundschaft wegen erhebliche Summen geliehen habe, so fällt das Indiz des Klägers hinweg. Denn dann läßt sich die Veräußerung durch die naheliegende Annahme erklären, daß dem Beklagten die Sache an Zahlungsstatt, also in ernstlicher Absicht gegeben worden sei. Darum ist endlich Gegenbeweis auch der, der die Kraft eines einzelnen Beweismittels erschüttern soll. Wenn z. B. von Zeugen, gegen deren Wahrheitsliebe vorläufig keine Einwendung gemacht werden kann, bekundet wird, daß der Beklagte durch eine Reihe von Jahren zu allen

Digitized by Google

Tageszeiten über das Grundstück des Klägers Vieh getrieben hat, so wird diese Thatsache bewiesen sein. Wenn nun aber der Kläger den Nachweis erbringt, daß jene Zeugen, sei es wegen zu großer Entfernung ihrer Wohnungen oder wegen jahrelanger Abwesenheit jene Wahrnehmung nicht gemacht haben können, so ist dies ein Gegenbeweis, weil er die Unwahrheit eines erbrachten Beweisergebnisses darthut. Wenn der Kläger sich auf eine Urkunde beruft, in welcher der Beklagte erklärte:

„Ich bekenne, von Herrn R die ..... Werthpapiere als Kaution für ..... empfangen zu haben,"

so wird die beurkundete Thatsache als eine dem Aussteller des Kautionsempfangscheines nachtheilige bewiesen sein. Wenn nun der Beklagte den Nachweis erbringt, daß er jene Werthpapiere in der That nicht erhalten und den Schein nur in Erwartung künftiger Hinterlegung ausgestellt habe, so wird von jenem Beweise nichts weiter übrig bleiben, als die Thatsache des Ausdruckes eines vom Beklagten gehegten Gedankens, aber da die Unwahrheit seines Berichtes dargethan ist, so ist der Beweis, den der Kläger ursprünglich geführt hatte, durch Gegenbeweis widerlegt.

Da im Haupt- und Gegenbeweise nur zwei Beweisergebnisse einander entgegentreten, so kann es gegen den Schiedseid einen Gegenbeweis nicht geben; hier scheitert jedes Unternehmen eines Gegenbeweises an der Unzulässigkeit des Rücktritts von einer verbindlichen Willenserklärung[110]). Die Wichtigkeit und Heiligkeit des Eides hat aber dahin geführt, den Gegenbeweis auch gegenüber einem geschworenen Notheide auszuschließen.

Dieses letztere Verbot, so richtig es auch die Bedeutung des Eides würdigt, enthält eine Durchbrechung der Rechtskonsequenz. Denn da jeder prozessualische Beweis nur im Stande ist, jenen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit zu erbringen, den man im praktischen Leben als Wahrheit hinnehmen muß (s. oben § 68), so muß es möglich sein, einen

[110]) So lange der Prozeß, in welchem der Eid zugeschoben und geleistet wurde, dauert, ist der Deferent an den Vertrag, den er selbst veranlaßt hat, gebunden. Doch ist es billig, nach der in besonderem Verfahren festgestellten Unrichtigkeit des Schwures, dem Deferenten den Rücktritt von jener Willenserklärung zu gestatten.

Digitized by Google

jeden Beweis durch Gegenbeweis zu entkräften. Allein dieser uns heutzutage selbstverständlich erscheinende Grundsatz hat nicht zu allen Zeiten in Geltung gestanden. Das altgermanische Recht gestattete nur der einen Partei den Beweis und schloß die andere Partei vom Gegenbeweise aus (zweiseitiges — einseitiges Beweissystem).

bb. Die Stoffvorlage im Zwangsvollstreckungsverfahren[111]).

§ 89. Die Parteihandlungen des Vollstreckungsverfahrens setzen sich gleich denen des Feststellungsverfahrens aus Willenskundgebungen (Anträgen) und Rechtsbehauptungen (Begründung der Anträge) zusammen[112]). Da indeß der Zwang nur dem festgestellten Privatrechte der Partei zur Verfügung steht, so unterliegt der Prüfung des bei der Zwangsvollstreckung thätigen Rechtspflegeorganes nur das auf Anwendung des Zwanges gerichtete prozessualische Recht der Partei, während ihr Privatrecht außer Zweifel gestellt ist. Es kann ganz dahin gestellt bleiben, ob die Erzwingbarkeit „ein Charakteristikum, eine nothwendige und immanente Qualität des subjektiven Privatrechts" ist[114]) oder nicht. Denn auch da, wo die Partei ohne vorgängigen Prozeß den Zwang selbst ins Werk setzt, handelt sie rechtswidrig, wenn ihr nicht die staatliche Autorität zur Seite steht. Wenn der Schuldner gegen die Rechtmäßigkeit der gegen ihn angewandten Zwangsmaßregel Widerspruch erhebt, muß ihm rechtliches Gehör gegeben werden[115]). Der Zwang kann also nur da angewendet werden, wo der Staat seine Ausübung gestattet. Mithin muß der Anspruch auf Zwangsvollstreckung ein besonderes, gegen den Staat gerichtetes, von dem privatrechtlichen Leistungsanspruche verschiedenes Recht sein. Dieses in der Rechtsschutzpflicht des Staates begründete und daher vom Prozeßrechtsverhältniß umfaßte Recht ist es, welches die

---

[111]) L. Seuffert bei Grünhut Zeitschr. XII, S. 617 ff. Wetzell §§ 48. 50. Renaud §§ 159. 219—221. Siehe auch Schruttka-Rechtenstamm bei Grünhut Zeitschr. Bd. XIII, S. 567 ff.

[112]) Klein, schuldhafte Parteihandlung S. 5 ff.

[113]) Weismann, Hauptintervention S. 43.

[114]) So Schultze, Privatrecht und Prozeß S. 57. 61. Dagegen besonders Sohm in Grünhuts Zeitschr. Bd. IV, S. 457 ff.

[115]) Es sei hier vorläufig an die Legisaktionen per manus injectionem und per pignoris capionem erinnert.

Digitized by Google

Partei behauptet, wenn sie von dem zuständigen Rechtspflegeorgane die Vornahme von Vollstreckungsmaßregeln verlangt.

Aber regelmäßig ist die Zwangsübung auch von keinen andern Vorbedingungen abhängig als von der Feststellung einer dem Beklagten gegenüber dem Kläger obliegenden Verpflichtung zu einer an sich erzwingbaren Leistung: d. h. mit dem Rechtsausspruche des Richters ist das Recht auf Vollstreckung ohne Weiteres gegeben. Darum leidet hier die Anwendung des Grundsatzes von der Nothwendigkeit beiderseitigen Gehörs eine billige Einschränkung. Ueber das prima facie regelmäßig begründete Recht des Klägers auf Vornahme des Zwanges entscheidet die Vollstreckungsbehörde grundsätzlich nach Anhörung nur des Klägers. Es ist dann Sache des Beklagten, die konkrete Unzulässigkeit des Zwanges nachträglich darzuthun. Erst diese Vertheidigung veranlaßt den Richter, über das Recht des Klägers endgültig zu entscheiden.

Die Rechtsbehauptungen, welche nach dem Gesagten im Vollstreckungsverfahren in Frage kommen, sind, zumal sie regelmäßig an die urkundliche Festellung des Vorhandenseins derjenigen Thatsachen anknüpfen, die das Gesetz als Vorbedingungen der Vollstreckung aufstellt, mit geringen Ausnahmen so einfacher Art, daß man ihre Prüfung untergeordneten Organen der Rechtspflege anvertrauen kann. Da die Thätigkeit derselben aber eine Ausübung der Gerichtsgewalt darstellt, so soll im nachfolgenden die Bezeichnung Richter oder Gericht beibehalten werden.

§ 90. Jene Vorbedingungen bestehen

a) überall in dem Vorhandensein eines sog. vollstreckbaren Schuldtitels d. h. einer vom Gesetz als vollstreckbar bezeichneten Feststellung des subjektiven Rechtes der beantragenden Partei,

b) im einzelnen Falle in dem Vorhandensein derjenigen Thatumstände, welche die Ausübung gerade der vom Antragsteller verlangten Maßregel zulässig machen.

§ 91. Was die vollstreckbaren Schuldtitel anlangt, so wäre es unbillig, die Eigenschaft eines solchen ausschließlich dem richterlichen Urtheile beizulegen. Zwar bleibt dies überall der wichtigste Vollstreckungstitel: es ist der Ausschluß jedes Widerspruchs, der es hierzu besonders geeignet macht. Aber

Digitized by Google

die gleiche Eigenschaft kann auch anderen Rechtsfeststellungen beiwohnen, insofern man einen Widerspruch gegen dieselben nicht schon dann berücksichtigt, wenn er ein einfaches Leugnen des festgestellten Rechtes enthält, sondern nur dann, wenn besondere die Rechtsfeststellung entkräftende Gründe nachgewiesen sind. Wie schon erwähnt (§ 18), hat man in richtiger Würdigung des Bedürfnisses nach rascher Feststellung klarer, besonders durch Urkunden nachweisbarer Schuldansprüche von Alters her ein abgekürztes oder die Vertheidigungsrechte des Beklagten wenigstens vorläufig einschränkendes Verfahren zugelassen, ja es ist von jeher in einer im Prozeß vor dem Richter abgegebenen (Anerkenntniß, Vergleich) oder mit besonderen Formen umgebenen außergerichtlichen Erklärung des Schuldners, eine gewisse Leistung machen zu wollen, ein die Zwangsausübung zulassender, weil nur durch außergewöhnliche Mittel zu entkräftender Schuldtitel erblickt worden. Es läßt sich selbst die vorläufige Gewährung der Vollstreckbarkeit an solche Schuldtitel rechtfertigen, deren Unanfechtbarkeit erst nach Verlauf eines längeren Zeitraumes eintritt, von denen aber angenommen werden kann, daß ein begründeter Widerspruch gegen dieselben nicht werde erhoben werden[116]).

Die Vollstreckbarkeit des Titels kann von besonderen thatsächlichen Ereignissen abhängen, von dem Eintritt eines Zeitpunktes, einer Bedingung, einer Gegenleistung u. a. Derartige Umstände erschweren die Prüfung der Rechtsbehauptung des Antragstellers und ermöglichen den Widerspruch des Schuldners. Bei vertragsmäßiger Feststellung fordert man deshalb bedingungslose Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung[117]).

§ 92. Was das Recht auf die im konkreten Falle besonders beanspruchte Maßregel betrifft, so kommt in Frage

aa) der Gegenstand des Leistungs- und des Vollstreckungsanspruches,

bb) das zur Durchführung desselben gestattete sog. Exekutionsmittel.

---

[116]) Das Nähere gehört in die Lehre von der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Urtheile nach der deutschen C.-P.-O.

[117]) Vgl. § 702 Nr. 5 C.-P.-O. und überhaupt Kohler: exekutorische Urkunden im Arch. f. Civil-Pr. Bd. 75, S. 1 ff. Briegleb, über exekutorische Urkunden und Exekutivprozeß Bd. I und II.

Digitized by Google

§ 93. Der Leistungsanspruch ist durch den ihn feststellenden vollstreckbaren Titel zum Vollstreckungsanspruch geworden. Der Gegenstand jenes aber ist nicht immer identisch mit dem Gegenstande dieses. So ließ z. B. das römische Recht eine Verurtheilung nur auf Geld zu. Für die prozessualischen Befugnisse des Klägers im Vollstreckungsverfahren kann also nur der Vollstreckungsanspruch maßgebend sein. Dieser besteht in der privatrechtlichen Befugniß des Klägers auf den Erfolg der Zwangsvollstreckung[118]). Die prozeßrechtlichen Befugnisse des Klägers gehen demnach dahin, daß das mit der Ausübung der staatlichen Zwangsgewalt betraute Rechtspflegeorgan diejenigen Mittel anwende oder zulasse, durch welche dem Kläger das gewährt werden kann, worauf er nach dem Inhalt des vollstreckbaren Titels ein Recht hat, und daß der Verpflichtete den Erfolg der Zwangsmaßregel wenigstens nicht vereitle.

Die dem Verpflichteten auferlegte Leistung ist entweder

a) eine solche, die durch das Thun einer andern Person ersetzt, oder

β) eine solche, die lediglich von der Person des Verpflichteten gewährt werden kann.

Steht eine Leistung der ersteren Art in Frage, so geht die prozeßrechtliche Befugniß des Klägers dahin, daß das Gericht das Thun jenes Andern dulde oder bewirke, und daß der Verpflichtete sich diesem Thun nicht widersetze. Der wichtigste Fall dieser Exekutionsart tritt ein, wenn dem Verpflichteten die Gewährung einer Sache zu Eigenthum oder Besitz des Berechtigten obliegt. Zwangsmittel ist hier die Wegnahme dieser Sache beim Schuldner und Uebertragung derselben auf den Gläubiger[119]). Hat der Schuldner eine Handlung zu leisten, die ein Anderer vornehmen könnte, z. B. einen Graben zuzuschütten, so ist Zwangsmittel die Vornahme dieser Handlung durch den Gläubiger oder einen Dritten. Ist der Verpflichtete hingegen zu einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung verurtheilt, so steht nichts entgegen, dem Urtheil diejenige Wirkung beizulegen, die der abgegebenen

---

[118]) Weismann, Hauptintervention u. s. w. S. 43—45.

[119]) Die Ausdrücke „Gläubiger" und „Schuldner" werden hier so gebraucht, wie in der deutschen C.-P.-O. für den, der den Vollstreckungsanspruch erhebt und bezw. den, der ihm unterworfen ist.

Digitized by Google

Willenserklärung nach dem bürgerlichen Rechte beiwohnen würde. Ersetzt wird also nicht die Erklärung, sondern nur deren Wirkung, und es ist nur die Form der Fiktion, deren sich § 779 C.-P.-O. bedient, um denselben Gedanken zum Ausdruck zu bringen. Zwangsmittel ist hier die Verwerthung des Urtheils zur Erreichung des privatrechtlichen Vortheils, den der Kläger anstrebt[120]). Ist z. B. der Beklagte verurtheilt, an den Kläger ein Grundstück aufzulassen, so wird der Erfolg der Vollstreckung eintreten, wenn der Kläger an den mit der Führung des Grundbuchs beauftragten Richter den Antrag stellt, ihn als Eigenthümer des Grundstücks einzutragen.

Man spricht in diesen Fällen von direktem Zwange[121]), weil derselbe dem Kläger den Gegenstand des Vollstreckungsanspruches unmittelbar verschafft.

Hat der Kläger einen Anspruch der zweiten Art, so besteht sein prozessualisches Recht darin, daß das Gericht den Verpflichteten zu dem ihm obliegenden Thun zwinge. Eine prozessualische Handlungspflicht des Schuldners besteht hier nur deshalb, weil eine privatrechtliche Handlungspflicht vorhanden ist. Bei dieser Exekutionsart kann es nur ein einziges Zwangsmittel geben, nämlich die an den Schuldner gerichtete Androhung eines so großen Uebels, daß für ihn die Lust des Ungehorsams geringer wird als die Furcht vor der angedrohten Strafe. Denn als Strafe muß der angedrohte Nachtheil bezeichnet werden. Aber er theilt nicht die Natur der vom allgemeinen Strafgesetz angedrohten Strafen. Denn er wird angedroht zu dem bestimmten Zwecke, von der im einzelnen Falle angeredeten Person ein bestimmtes Verhalten zu erzwingen, verhängt aber nicht im öffentlichen Interesse, etwa weil ein Machtgebot des Staates unbeachtet geblieben, sondern in dem privaten Interesse desjenigen, aus dessen Recht das Gericht jene Machtbefugniß herleitet. Anwendungsfall dieser Exekutionsart, bei welcher ein indirekter Zwang geübt wird, ist die Verpflichtung des Beklagten zu einer sog. unvertretbaren Handlung oder zu einer Unterlassung.

§ 94. Bleiben die angewendeten Zwangsmittel ohne Erfolg, so tritt die thatsächliche Undurchführbarkeit des klägerischen

[120]) Es ist nicht nöthig, von „exuberanter Vollstreckungswirkung" zu sprechen, wie Kohler es thut in: Prozeß als Rechtsverhältniß S. 71.
[121]) S. Wetzell § 50.

Digitized by Google

Privatrechts und damit dessen wirthschaftliche Werthlosigkeit an den Tag. Doch läßt sich dieses unerfreuliche Ergebniß von oft jahrelangen Bemühungen in zahlreichen Fällen dadurch vermeiden, daß man an Stelle des zu leistenden Gegenstandes einen andern setzt, der doch vielleicht geleistet werden kann.

In der That gestattet das bürgerliche Recht regelmäßig die Verwandlung eines auf irgend eine vermögenswerthe Leistung gerichteten Anspruches in eine Geldforderung. Damit ist zwar keineswegs immer geholfen. Aber da das Geld der allgemeine Werthmesser eines jeden Vermögensaufwandes ist, jeder Vermögensgegenstand aber eine Schätzung in Geld und einen Umsatz in Geld zuläßt, so unterliegt beim Vorhandensein einer vollstreckbaren Geldforderung der Exekution nicht mehr der unbeugsame Wille des Schuldners oder ein bestimmter einzelner Gegenstand, sondern das gesammte Vermögen des Schuldners. In welcher Weise dieses zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers heranzuziehen war und ist, ist Gegenstand mannigfaltiger, mit dem jeweiligen Privatrechte in engem Zusammenhange stehender Rechtsnormen gewesen. Sie werden zweckmäßig in den Einzeldarstellungen ihren Platz finden.

§ 95. Der Umstand, daß der Erhebung einer Klage oft thatsächliche, nicht sofort besiegbare Hindernisse entgegenstehen, und daß auch zwischen dem Zeitpunkte der Klageerhebung und der Erlangung eines vollstreckbaren Titels häufig ein beträchtlicher Zeitraum verstreicht, rechtfertigt eine Durchbrechung des Grundsatzes, daß nur dem festgestellten Anspruch ein in die Freiheit des Schuldners eingreifender Zwang zur Seite gestellt werden dürfe. Denn nicht nur der böse Wille des Verpflichteten, auch der bloße Zeitablauf birgt Gefahren für die Durchführbarkeit des klägerischen Rechtes in sich. Darum ist es billig, den Erfolg der dereinstigen Zwangsvollstreckung durch Maßregeln zu sichern, welche geeignet sind, jenen nachtheiligen Einflüssen entgegenzutreten. Diese Maßregeln zu ergreifen oder dem Gläubiger zu gewähren, ist also Rechtsschutzpflicht des Staates: der Gläubiger hat auf die Sicherung ein prozessualisches Recht. Da indeß bei unbedingter Zulassung von Sicherungsmitteln nicht blos der im Interesse staatlicher Ordnung festzuhaltende Grundsatz von der Vollstreckbarkeit nur der festgestellten Rechte beseitigt

Digitized by Google

und dem Mißbrauche ein breites Thor geöffnet würde, kann das Sicherungsrecht nur dann als gegeben angesehen werden, wenn einmal anzunehmen ist, daß gegen den zu sichernden Anspruch ein begründeter Widerspruch nicht werde erhoben werden können, und daß ferner für die Durchführbarkeit dieses Anspruchs eine wirkliche Gefahr bestehe. Diese Voraussetzungen des behaupteten Sicherungsrechtes hat der Gläubiger klarzulegen. Man kann aber an die zur Begründung seines Rechtes gebotene Beweisführung füglich nicht die gleichen Anforderungen stellen wie an den im Feststellungsverfahren zu erbringenden Beweis. Denn um die endgültige Klarstellung rechtserheblicher Vorgänge handelt es sich hier nicht, eine solche ist meistens auch gar nicht möglich, weil die Herbeischaffung der Beweismittel, die den Richter überzeugen könnten, mit einem größeren Zeitaufwande verknüpft ist, als in den zahlreichsten Fällen dem Gläubiger zu Gebote steht, und weil ein förmlicher Beweis die gerade hier nachtheilig wirkende Anhörung des Schuldners nothwendig machen würde.

Welche Maßregeln im einzelnen Falle zu ergreifen sind, hängt gewöhnlich vom billigen Ermessen des Richters ab. Regelmäßig aber wird der Gläubiger ein Recht nur auf diejenigen Sicherungsmittel haben, die er bei festgestelltem Rechte würde als Zwangsmittel beantragen können. Die Sicherung hat daher in der Regel die Eigenschaft einer vorweggenommenen Zwangsvollstreckung.

II. Form der Parteihandlungen.

§ 96. Alle Parteihandlung ist Gedankenmittheilung, als Mittel des Gedankenausdrucks, also als Erscheinungsform der Parteihandlung, kann im Prozesse aber nur das Wort in Betracht kommen.

Je nachdem das Wort gesprochen oder geschrieben zur Kenntniß dessen gelangt, für den es bestimmt ist, unterscheidet man Mündlichkeit und Schriftlichkeit als Formen der Parteienthätigkeit.

Aber das Wort Form ist eines zweifachen Sinnes fähig und wird denn auch bald in diesem, bald in jenem Sinne gebraucht. Es bedeutet nämlich einmal das Mittel, das dem Gedanken nur überhaupt Ausdruck giebt, es bedeutet ferner aber auch die Einkleidung des Gedankens in eine bestimmte Gestalt der mündlichen oder schriftlichen Rede.

Digitized by Google

a. Mündlichkeit und Schriftlichkeit der Parteihandlungen[122]).

§ 97. Wenn die Partei vor Gericht eine mündliche Erklärung abgiebt, der Richter aber diese Erklärung niederschreibt oder ihre schriftliche Abfassung von der Partei verlangt, um das geschriebene Wort als Gedankenäußerung der Partei zu verwerthen, so ist das Verfahren ein schriftliches, obgleich die Partei zum Richter gesprochen hatte. Wenn die Partei ihre Erklärungen dem Richter schriftlich mittheilt, dieser aber an sie das Verlangen nach mündlicher Erklärung stellt, um das gesprochene Wort als Gedankenausdruck der Partei zu benutzen, so ist das Verfahren ein mündliches, obwohl der Richter sich hätte aus dem niedergeschriebenen Wort unterrichten können. Der Grundsatz der Mündlichkeit besteht hiernach darin, daß der Richter als Grundlage seines Urtheils nur diejenige Erklärung der Partei verwerthet, die zu seiner Kenntniß durch unmittelbar an ihn gerichtetes Wort gelangt, während er die schriftlich niedergelegten Erklärungen unberücksichtigt läßt. Der Grundsatz der Schriftlichkeit besteht darin, daß der Richter als Grundlage seines Urtheils nur diejenige Erklärung der Partei verwerthet, die durch das Mittel der Schrift zu seiner Kenntniß gelangt, während er die mündlichen Mittheilungen unbeachtet läßt.

Wesentlich für die Gestaltung des Verfahrens ist nach dieser Begriffsbestimmung nur die bei der Stoffvorlage an den Richter zu wählende Form des Gedankenausdrucks der Partei. Ob die außergerichtlichen Handlungen der Parteien, ob ihre gesammte Prozeßbetriebsthätigkeit, ob endlich die Handlungen des Richters in mündlicher oder schriftlicher Form zur Erscheinung kommen, das alles entscheidet nicht über die Eigenschaft eines Prozesses als eines schriftlichen oder mündlichen. Ob Mündlichkeit oder Schriftlichkeit? ist lediglich eine Zweckmäßigkeitsfrage. Ueber die Tauglichkeit eines Prozeßsystems als einer Rechtsschutzordnung

---

[122]) Von der sehr zahlreichen Literatur, die sich über diesen Gegenstand verbreitet, sei hervorgehoben: Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege I (1821) S. 193 ff. Leonhardt, zur Reform des Civilprozesses in Deutschland I Beitrag. S. 56 ff. v. Bar, Recht und Beweis S. 44 ff. Derselbe, Geschichte und Reform der deutschen Civiljustiz S. 23 ff. v. Canstein, rationelle Grundlagen S. 73 ff. Planck, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 4, S. 238.

Digitized by Google

entscheidet aber in erster Linie die Frage, ob dieses System dem Richter die richtige Beurtheilung des Streitmaterials ermöglicht, und die Beantwortung dieser Frage wiederum hängt auf's engste mit der Form zusammen, durch welche dem Richter der Streitstoff mitgetheilt wird.

§ 98. Der Vorzug der Schriftlichkeit besteht in der durch sie gesicherten Möglichkeit gründlicher Würdigung aller thatsächlichen Umstände. Denn einmal nöthigt die Niederschrift zu klarer Gestaltung des Gedankens, sie ermöglicht eine ruhigere Ueberlegung dessen, was gesagt werden soll, und darum auch eine bessere Anordnung und eine nichts verschweigende Vollständigkeit, mit einem Worte: sie gewährt der Partei die Möglichkeit gründlicherer Erklärung. Sie giebt aber zweitens dem Richter die Möglichkeit gründlicherer Beurtheilung. Die mündliche Rede geht in raschem Strome vorüber, die Schrift beharrt. Jene verlangt ein rasches und sofortiges scharfes Auffassen ebenso wie ein treues Festhalten des Gehörten, diese aber gestattet den langsamen Aufbau und die allzeit mögliche Wiederbelegung der einmal geweckten Vorstellung.

Der Vorzug der Mündlichkeit läßt sich dahin zusammenfassen, daß sie dem Richter die Erkenntniß der Individualität des einzelnen Falles erleichtert und also aus dem Grunde, weil der zur Urtheilsgrundlage gemachte gesammte Vorgang lebensvoller vor sein geistiges Auge tritt, bei ihm auch die richtige Würdigung der einzelnen rechtserheblichen Thatsachen befördert oder ermöglicht. Im Gegensatze hierzu verleitet die Schriftlichkeit zu pedantischem Festhalten am Buchstaben. Die Lebhaftigkeit mündlich geführten Streites mit wirkungsvoller Hervorhebung des Wichtigen findet leichter Eingang im Verständnisse des Hörers, als das Lesen todter, alles in einen gleichförmigen Ausdruck kleidender Schriftstücke. Mancher, der dem Papier ohne Scham die lügenhaftesten Behauptungen anvertraut, scheut sich doch, in Gegenwart mehrerer Personen eine dreiste Lüge mit derselben Sicherheit aufzustellen, mit der er die Wahrheit berichtet. Nur das mündliche Verfahren ermöglicht eine wahrhaft kollegialische Behandlung der Rechtssachen. Denn die Schrift wirkt immer nur dem einen Leser gegenüber. Sollen ihren Inhalt gleichzeitig mehrere Personen erfahren, so bedarf es des ermüdenden Vorlesens oder der Berichterstattung durch den einen, der

Digitized by Google

die Schrift gelesen hat. Diese Berichterstattung hat alle Nachtheile der Mündlichkeit, ohne ihre Vorzüge zu besitzen: minder lebensvoll und meist in kompendiöser Zusammenfassung schafft der Bericht sich schwer das Verständniß des Hörers und setzt sich in diesem fest in der durch die subjektive Auffassung des Referenten beeinflußten Gestalt. Der mündliche Vortrag dagegen wendet sich an alle Richter gleichzeitig, und die subjektive Färbung des Vortrages der einen Partei findet ihr Gegengewicht an der gleichen Eigenschaft der Entgegnung. Endlich aber, und hier waltet ein Irrthum ob, der auch heute noch Viele zu Gegnern der Mündlichkeit macht, kommt es nicht darauf an, daß der Richter einen vielleicht eben so unklaren als unvollständigen Vortrag zu hören bekomme, wenn dieser sich nur in eine wohlgesetzte, formenschöne Rede kleidet. Was der Mündlichkeit vielmehr einen alle Vortheile der Schriftlichkeit weit überragenden Vorzug gewährt, ist die Möglichkeit, selbst den verwickeltsten Sachverhalt durch den unmittelbaren Verkehr zwischen Parteien und Richter vollständig aufzuklären. Gerade ein durch Frage und Antwort an den Tag gebrachter Prozeßstoff prägt sich dem Verständnisse des Richters untilgbar ein.

Da Vortheile und Nachtheile einander gegenüberstehen, betrachtet man es noch jetzt als ein rechtspolitisches Problem, die Vorzüge beider Grundsätze in einem und demselben Verfahren zu vereinigen. Man hat dabei bald ein größeres Gewicht auf die Schrift gelegt und die mündliche Verhandlung nur als Gelegenheit zu etwaiger Erläuterung der Schriftstücke gewährt, bald die Schrift zur nebensächlichen Begleiterin des mündlichen Vortrages gemacht und letzteren unter die Kontrolle der Schrift gestellt. Man ist dabei dazu gelangt, die Mündlichkeit des gerichtlichen Verfahrens als ein von der Gestaltung unseres heutigen öffentlichen Lebens aufgestelltes Gebot anzusehen. Allein man darf sich einer Täuschung darüber nicht hingeben, daß die Durchführung der reinen Mündlichkeit, so wie sie das ältere römische und germanische Verfahren aufwies, in unsern heutigen Verhältnissen eine ebenso große thatsächliche Unmöglichkeit, als eine die Bedeutung der Schrift für das Leben der Gegenwart nicht achtende Verkehrtheit wäre. Aber jene Aufgabe, Rede und Schrift im Prozesse zweckmäßig zu vereinigen, ist eine schwer zu lösende[123]).

[123]) Wach, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 14, S. 585 ff. Leonhardt a. a. O., S. 64.

Digitized by Google

Den nachtheiligen Folgen der Mündlichkeit kann man entgegentreten, wenn man

1. den Prozeßstoff einer bestimmten mündlichen Verhandlung so viel als möglich beschränkt: es dürfen nicht zu viele und namentlich nicht zu mannigfaltige Thatsachen auf einmal vorgetragen werden;
2. wenn man die Würdigung des in einer Verhandlung vorgelegten Prozeßstoffes durch den Richter dem mündlichen Vortrage der Parteien so rasch folgen läßt, als es die Verhältnisse nur immer gestatten.

Es muß deshalb dem Richter gestattet sein, in denjenigen Prozessen, in denen eine Reihe von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln zur Erörterung gelangen soll, die Verhandlung auf einen oder wenige Streitpunkte zu beschränken. Alsdann kann sich die geistige Thätigkeit der Parteien, ihrer Vertreter und des Richters um so stärker in einem einzigen Punkte vereinigen. So rückte im altgermanischen Prozesse die Streiterledigung schrittweise vor: jede zweifelhafte Frage wurde durch ein besonderes Urtheil abgethan, das für die Weiterverhandlung die Grundlage wurde und den Streitstoff immer enger begrenzte; so gestatten auch die modernen auf den Grundsatz der Mündlichkeit gebauten Prozeßsysteme die Beschränkung des Prozeßstoffes auf einzelne Angriffs- und Vertheidigungsmittel und deren Erledigung durch Zwischenurtheile.

Die Aburtheilung des in einer mündlichen Verhandlung vorgetragenen Stoffes kann ohne Gefahr für das wahre Recht nur dann erfolgen, wenn diese Verhandlung in einer Weise vorbereitet ist, daß sie in lebendigem Flusse bleiben und dem Richter eine vollständige Kenntniß dessen gewähren kann, was für seine Entscheidung dienlich ist (... et ante debet rem diligenter explorare et tunc ad agendum procedere. Gaius in l. 42 D. de R. J.). Um Uebereilungen und Ueberraschungen zu verhüten oder Vertagungen der Verhandlung, die zur Verschleppung des Prozesses führen und das Interesse der betheiligten Personen an dem Inhalte des Streites abstumpfen, unnöthig zu machen, ist es geboten, daß die Parteien vor Beginn der Verhandlung die Anträge, die sie zu stellen und die Thatsachen, die sie zu behaupten beabsichtigen, einander mittheilen. Dies kann füglich nicht anders als schriftlich geschehen. Die Schreiben, die sie zu diesem Zwecke wechseln, werden ihrer

Digitized by Google

Bestimmung entsprechend vorbereitende Schriftsätze genannt. Die Durchführung der Mündlichkeit in einem nicht ganz einfachen Prozesse erfordert deshalb von selbst ein schriftliches Vorverfahren.

Allein dieses Maß von Verwerthung der Schrift für die Zwecke des mündlichen Verfahrens reicht noch nicht aus; die Schrift muß Verwendung finden als „Erinnerungs- und Beglaubigungsmittel“[124]) für alles das, was mit besonderer Treue aufbewahrt werden muß, für dessen sichere Bergung das menschliche Gedächtniß zu schwach ist, und für alles das, was für einen künftig erforderlichen Beweis der urkundlichen Feststellung bedarf. Für den jetzt urtheilenden Richter bedarf es hiernach regelmäßig der Aufzeichnung der von den Parteien gestellten Anträge. Denn da diese den formellen Ausdruck dessen enthalten, was nach dem Begehren der Partei der einst den entscheidenden Theil des Urtheils bilden soll, so interessirt an ihnen meistens nicht lediglich ihr Sinn, als vielmehr auch ihr Wortlaut. Eine Veränderung dieses Wortlautes birgt die Gefahr einer veränderten Auffassung der Natur oder des Umfanges des Klageanspruches in sich; darum müssen die Worte dieser Anträge durch Aufzeichnung vor jeglicher Verschiebung bewahrt werden. Doch auch für einen etwa später urtheilenden Richter kann es von Wichtigkeit sein, die vor einem andern Gericht abgegebenen Parteiwillenserklärungen, wie die von einem anderen Gericht getroffenen Feststellungen zu erfahren. Auch hier also ist die Zuhilfenahme der Schrift geboten.

§ 99. Mit den Begriffen Mündlichkeit und Schriftlichkeit decken sich die Begriffe Unmittelbarkeit und Mittelbarkeit keineswegs. Wenngleich mit den letzteren Ausdrücken gewöhnlich die Vorstellung von der Art und Weise der Beweisführung, mit den ersteren die von der Form der Parteibehauptungen verbunden wird, so trifft man damit doch nicht das richtige. Unmittelbarkeit herrscht vielmehr da, wo das Gericht, d. h. alle zur Mitwirkung an der Entscheidung berufenen Richterpersonen, den Streitstoff — und das ist Beweis und Parteibehauptung — durch Benutzung derjenigen Quelle, welche die Kenntniß dieses Stoffes gewähren kann, gleichzeitig erfahren. Soweit auf die Vorstellung des Gerichts die Mittheilung einer anderen Person, welche ihrer-

[124]) Wach, Vorträge S. 1.

Digitized by Google

seits vielleicht die Quelle selbst oder wiederum einen Bericht benutzt hat, einwirkt, spricht man von Mittelbarkeit des Verfahrens. Die Mündlichkeit ist also eine Folge der Unmittelbarkeit; aber wo ein Einzelrichter entscheidet, der die seiner Beurtheilung unterbreiteten Thatsachen aus den Schreiben der Parteien herausliest, da herrscht trotz der Schriftlichkeit doch Unmittelbarkeit des Verfahrens, weil der Richter die Parteierklärung selbst wahrnimmt und nicht erst aus dem Munde eines Berichterstatters zu empfangen braucht. Da wo ein Referent den (anderen) Gerichtsmitgliedern vorträgt, was er selbst, wenngleich aus unmittelbarer Anschauung, wahrgenommen hat, herrscht Mittelbarkeit des Verfahrens. Deshalb kann von voller Unmittelbarkeit auch da nicht die Rede sein, wo die Parteien zum Richter durch den Mund eines Vertreters sprechen. Denn auch dieser berichtet nur, was die Partei ihm erzählt und was er vielleicht falsch oder halb verstanden hat.

Daß der Grundsatz der Unmittelbarkeit vor dem der Mittelbarkeit den Vorzug verdient, darüber herrscht heute kein Zweifel mehr. Jeder Praktiker kann das täglich empfinden. Nichts giebt dem Richter klarere Vorstellungen von dem Vorgange, den er beurtheilen soll, nichts also setzt ihn besser in den Stand, richtige Feststellungen von Thatsachen zu treffen, als die unmittelbare und ursprüngliche Darstellung der Partei, das persönliche Auftreten von Zeugen und Sachverständigen vor dem Richter[125]) und die eigene Wahrnehmung sinnlich greifbarer Vorgänge und Zustände. Deshalb ist es häufig im Interesse voller Aufklärung des Sachverhalts geboten, den Vertreter bei Seite zu schieben und die Partei selbst zu hören.

b. Die Formvorschriften.

§ 100. Innerhalb des Mittels der Gedankenäußerung herrscht für die Partei regelmäßig volle Freiheit: über die Wahl ihrer Worte entscheidet allein der Zweck der Parteibehauptung, dem Richter Klarheit über den Gedanken der Partei zu verschaffen. Verlangt das Gesetz aber, daß der Vortrag der Partei gewisse Erklärungen enthalten müsse, oder daß gewisse Erklärungen nur durch die Wahl be-

[125]) Mit Lebhaftigkeit dargestellt von Kronecker, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 7, S. 424 ff.

Digitized by Google

stimmter Worte Wirksamkeit erlangen, so haben wir es mit einer Formvorschrift zu thun, und die Parteierklärung wird eine formelle.

In der Darstellung der Geschichte des Prozesses wird sich zeigen, daß einerseits überall in den Anfängen geschichtlicher Rechtsentwickelung eine auffallende Härte im Gebrauche der Form herrscht, und daß andrerseits der Gang dieser Prozeßrechtsgeschichte auf die Befreiung von allem Formenzwange hinstrebt. Diese Erscheinung hängt zusammen mit der Ueberwindung des strikten Rechtes durch das Moment der Billigkeit: im Prozesse führt sie von der mechanischen Anwendung der Form, die auch die größten Verschiedenheiten unter eine Schablone bringt, zur Freiheit in der Erfassung der natürlichen Verschiedenheiten der Einzelfälle[126]).

Aber die Form ist nicht überall unabweisbare Folge anderer Erscheinungen, sie ist vielfach gewolltes Mittel für die Erreichung bestimmter Zwecke. Der Formzwang nöthigt zu klarer Zusammenfassung und zu leidenschaftslosem Ausdruck des Gedachten, sie zügelt die häufig über das richtige Maß aufbrausende Lebhaftigkeit des Streites. Sie ist ferner dazu angethan, jeden Zweifel an der Ernstlichkeit und jedes Bedenken über den Sinn besonders wichtiger Parteierklärungen zu zerstreuen. Die Formenstrenge darf aber nicht zum Formalismus entarten, der oft das beste Recht der Partei der Erreichung eines Nebenzweckes opfert.

b. Die Handlungen des Gerichts.

I. Inhalt der Gerichtsthätigkeit[127]).

§ 101. Die zwischen der Parteien- und der Gerichtsthätigkeit obwaltende Beziehung (§ 45) hat zur Folge, daß den Thätigkeitsarten der Parteien entsprechende Thätigkeits-

---

[126]) Vgl. Ihering, Geist des römischen Rechts II, §§ 29. 44. Brunner in den Sitzungsberichten der Wiener Akad. d. Wissensch. Bd. 51, S. 345.

[127]) Vgl. hierüber besonders v. Grolmann, Theorie des Verfahrens in bürg. Rechtsstreitigkeiten §§ 2. 3. 78. 123—137. v. Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses I, Nr. 8. 10. Harries, Beurth. des Entw. einer C.-P.-O. 1870. S. 34—50. v. Canstein, rationelle Grundlagen S. 230—237. Wach, krit. Vierteljs. Bd. 14, S. 338—351. Bd. 15, S. 340 ff. Derselbe, Vorträge S. 28 ff. S. 51 ff. Planck, Lehrb. I, S. 122 ff., S. 440 ff.

Digitized by Google

arten des Gerichts gegenüberstehen. Was die Parteien thun, ist entweder Prozeßbetrieb — ihr entspricht diejenige richterliche Thätigkeit, die man mit dem Ausdruck Prozeßleitung bezeichnet, oder Prozeßverhandlung — und dieser korrespondirt die richterliche Prozeßentscheidungsthätigkeit. Gleichwie nun die Partei mit ihrer Verhandlungsthätigkeit gleichzeitig den Prozeß betreibt, so oft kommt es vor, daß der Richter, indem er eine Entscheidung fällt, durch diese gleichzeitig eine prozeßleitende Anordnung giebt. Es braucht nur an das Beweisurtheil und das sog. Produktionserkenntniß des gemeinen Civilprozesses erinnert zu werden[128]). Es bedarf ferner der nochmaligen ausdrücklichen Betonung, daß der Prozeß erst dann zu Ende geführt ist, wenn der Rechtsschutzanspruch der Partei befriedigt ist, d. h. wenn sie denjenigen Erfolg erreicht hat, welcher Gegenstand ihres subjektiven Privatrechts ist. Da hiernach auch die Zwangsvollstreckung zum Prozesse gehört, das Parteiverlangen nach der Anwendung von Zwangsmitteln also Prozeßbetriebsthätigkeit und zugleich in gewissem Maße Prozeßverhandlungsthätigkeit (Stoffvorlage §§ 89 ff.) ist, so muß auch die vom Richter in diesem Theile des Verfahrens geübte Thätigkeit Prozeßleitung und in gewissem Maße Prozeßentscheidung sein.

a. Die Prozeßleitung.

§ 102. Wenn ein Prozeßsystem dem Richter die Aufgabe stellt, den Prozeßstoff einfach entgegenzunehmen, ihm aber verbietet, auf die Beschaffung dieses Stoffes selbstthätig einzuwirken, so betont dasselbe zu stark die privatrechtliche Seite des Civilprozesses. Der Richter hat als Organ der Staatsgewalt in jedem einzelnen Prozesse auch das allgemeine Interesse an dem Bestehen der Rechtsordnung zu wahren. Dieser Aufgabe wird er indeß nicht schon dadurch gerecht, daß er sich bereit findet, die Parteien anzuhören, und daß er hierauf eine den Streit nur irgendwie erledigende Entscheidung trifft: eine dem wahren Rechte zum Siege verhelfende Entscheidung ist nur dann möglich, wenn der Prozeßstoff ungetrübt und vollständig festgestellt wird. Der Erreichung dieses Zweckes werden aber nicht selten von den Parteien

[128]) Daß das Sachurtheil gleichfalls eine prozeßleitende Anordnung sei, ist nicht richtig. Es gewährt stets nur die rechtliche Möglichkeit ferneren Andringens der obsiegenden Partei.

Digitized by Google

selbst, theils durch ungeeignete Wahrnehmung, theils durch mißbräuchliche Ausnutzung ihrer prozessualischen Rechte Hindernisse in den Weg gestellt. Diese Hindernisse gilt es zu bewältigen. Die Pflicht des Richters besteht also nicht darin allein, eine Entscheidung, sondern darin, eine sachgemäße Entscheidung zu ermöglichen: diesen Zwecken dient das Amt der Prozeßleitung.

Die Prozeßleitungsthätigkeit läßt sich nach verschiedenen Gesichtspunkten gliedern. Sie ist eine formelle, soweit sie zum Zwecke der Einleitung und Fortführung des Prozesses, eine materielle, soweit sie zum Zwecke der Klarstellung des Prozeßstoffes ausgeübt wird[129]), sie ist eine negative, soweit sie alle unnützen, dem Prozeßzwecke widerstrebenden Parteihandlungen abschneidet oder wirkungslos macht, eine positive, soweit sie die Einleitung, Fortsetzung und Beendigung des Prozesses, sowie die Herstellung einer brauchbaren Urtheilsgrundlage bewirkt. Dem Gegensatze von formeller und materieller Leitung entspricht der von Geschäfts- und Sachleitung[130]). Diese und ähnliche Eintheilungen (Prozeßdirektion und Prozeßkorrektion)[131]) haben eine praktische Bedeutung nur da, wo dem Richter nur eine der bezeichneten Kategorien von Befugnissen gewährt, die andere entzogen, oder wo verschiedene Organe mit der Handhabung der verschiedenen Prozeßleitungsbefugnisse betraut sind. Ihre Ausübung geschieht stets durch Willenserklärungen des Richters, daß etwas geschehen oder nicht geschehen solle, und behält ihr Wesen auch dann bei, wenn die Anordnung zugleich Entscheidung ist. Denn es kann einer Entscheidung bedürfen darüber, an welche der beiden Parteien ein in Frage gekommenes Gebot zu richten sei. So enthielt das germanische und gemeinrechtliche Beweisurtheil eine Entscheidung des Richters über Beweisrecht oder Beweislast und zugleich die Anordnung, daß Beweis geführt werde.

Prozeßleitende Handlungen des Richters sind z. B. die Bestimmung, daß und zu welchem Zeitpunkte verhandelt, innerhalb welchen Zeitraumes gewisse Parteihandlungen nur sollen

---

[129]) Endemann, das deutsche Civilprozeßrecht §§ 113. 114. 126. Wach, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 14, S. 339. v. Canstein, rationelle Grundlagen S. 232 ff.

[130]) Ude, Zeitschrift für deutschen C.-P. Bd. 5, S. 303—332. Hellmann, Lehrb. S. 207 ff.

[131]) Wach, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 14, S. 339.

Digitized by Google

vorgenommen, daß auf die Erklärungen der einen Partei von der andern eine Entgegnung solle abgegeben, daß gewisse Thatsachen sollen bewiesen, welches Zwangsmittel gegen die verpflichtete Partei, welches Sicherungsmittel zu Gunsten der berechtigten Partei solle in Anwendung gebracht werden. Eine erschöpfende Aufzählung sämmtlicher Prozeßleitungshandlungen ist nicht möglich, weil Zahl und Maß derselben von der in dem jeweils maßgebenden Prozeßsysteme gezogenen Umgrenzung der Rechte des Richters abhängig ist. Die Handhabung dieser Rechte innerhalb der gesteckten Schranken muß füglich dem diskretionären Ermessen des Richters überlassen bleiben, dem man damit ein Amt anvertraut, das nicht blos Rechtskenntnisse, sondern auch ein hohes Maß von Taktgefühl erfordert[132]).

Von den materiellen Prozeßleitungshandlungen bedürfen zwei besonderer Erörterung: das richterliche Fragerecht und die Mittel gegen Mißbrauch prozessualischer Handlungen.

§ 103. Das richterliche Fragerecht[133]) besteht in der Befugniß des Richters, an die Parteien die Aufforderung zur Vervollständigung mangelhafter und zur Verdeutlichung unklarer Angaben zu richten. Seine Ausübung ist das geeignetste Mittel, dem Richter eine brauchbare Urtheilsgrundlage zu verschaffen; es enthebt in vielen Fällen der Noth-

---

[132]) Hierüber sagt Briegleb, summarische Prozesse S. 73: „Nicht minder mag abgesehen werden von den Gefahren und Beschwerden, welche den Parteien von dem Mißbrauch der richterlichen Prozeßleitung in den Händen eines gewissenlosen oder unvernünftigen Richters drohen. Diese müssen freilich um so größer sein, je größer die dem Prozeßleitungsamt eingeräumte Herrschaft über die Parteiwillkür ist und je mehr sich die Garantieen gegen den Mißbrauch in dem Vertrauen auf die persönliche Tüchtigkeit des Prozeßrichters concentriren. Ein tüchtiger Prozeßrichter muß nicht nur von dem lebendigsten Gefühl der Achtung und Schonung, welche er den Parteirechten schuldig ist, durchdrungen sein; er muß auch prompte Kenntniß der anzuwendenden Rechtssätze besitzen; er muß fähig sein, verwickelte und aus verschiedenartigen Momenten zusammengesetzte Verhältnisse genau aufzufassen und die Bedeutung der einzelnen Momente für den Endzweck der ganzen Streitverhandlung an sich und in ihrem Verhältniß zu einander klar zu erkennen."

[133]) Wetzell § 43 bei Anmerk. 46. Renaud §§ 149. 163. Endemann, das deutsche Civilprozeßrecht § 136. Briegleb, summar. Prozesse S. 132 ff. W. H. Puchta, Prozeßleitungsamt des deutschen Civilrichters §§ 15 ff. Wach, Vorträge S. 54—56.

Digitized by Google

wendigkeit eines kostspieligen und langwierigen Beweisverfahrens, es macht auch die zahlreichen, fast immer unrichtigen Urtheile, die einen Entscheidungsgrund lediglich daraus entnehmen, daß eine Thatsache nicht oder nicht in der Weise behauptet ist, daß das Gericht auf dieselbe habe eingehen können, unmöglich. Freilich kann das Fragerecht wirksam nur in einem mündlichen Verfahren ausgeübt werden, hier aber ist seine Bethätigung geradezu Pflicht des Richters.

Doch auch diese Befugniß hat ihre Grenzen. Sie darf nicht zur Inquisition werden, sie darf also nicht zu dem Zwecke ausgeübt werden, die Parteien zur Abgabe von Erklärungen zu nöthigen, die sie freiwillig nicht abgegeben haben würden; aus diesem Grunde darf die Nichtbeantwortung einer Frage nicht mit einem bestimmten Rechtsnachtheile bedroht, vielmehr muß es dem Richter überlassen werden, das Schweigen der Partei ungezwungen auszulegen[134]).

§ 104. Man spricht nicht selten von gegenseitigen Pflichten der streitenden Theile[135]). Ein solches Pflichtgebot ist thatsächlich vorhanden. Man darf mit demselben aber nicht den Sinn verbinden, als sei eine jede Partei verpflichtet, die Prozeßführung ihres Gegners durch positive Thätigkeit zu erleichtern; Pflicht der Partei ist nur die Unterlassung alles dessen, was die Erreichung des Prozeßzweckes unmöglich machen oder verzögern könnte. Es besteht aber für jede Partei nicht blos die thatsächliche Möglichkeit, sondern auch eine starke Versuchung, leichtfertig oder wider besseres Wissen ungerechtfertigte Anträge zu stellen, unwahre Thatsachen zu behaupten, wahre zu bestreiten, damit aber den Sachverhalt zu verdunkeln und den Prozeß zu verschleppen, also die dem Schutze des Rechtes dienenden Einrichtungen des Staates zu Zwecken des Unrechts zu mißbrauchen. Diesem Mißbrauch zu steuern liegt nicht allein in dem privaten Interesse der redlichen Partei, sondern ist durch das öffentliche Interesse geradezu geboten.

Es kann indeß als Mißbrauch keineswegs eine jede Prozeßhandlung angesehen werden, die dem Prozeßzwecke zu

---

[134]) Mittermaier, Arch. f. civ. P. Bd. 39, S. 273 ff. v. Bar, Recht und Beweis S. 146 ff., insbesondere dessen Bemerkung über das interrogatoire sur faits et articles.

[135]) Z. B. Bayer, Vorträge über den gem. ordentlichen Civ.-P. § 23. Renaud § 54.

Digitized by Google

dienen objektiv ungeeignet ist, von der handelnden Partei aber vielleicht in bestem Glauben für geeignet gehalten wird. Wie schwer die Last dessen auch werden kann, der in einen Prozeß verwickelt wird, lediglich weil sein Gegner ein gewisses Recht zu haben vermeint, so wenig ist die Rechtsordnung in der Lage, den durch entschuldbaren Irrthum veranlaßten Gebrauch prozessualischer Rechte zu verhindern. Es kann von dem Einzelnen weder ein so unbefangenes noch ein so sicheres Urtheil über die ihn berührenden Rechtsverhältnisse erwartet werden, daß man in jedem Falle der schließlich unterliegenden Partei den Vorwurf mißbräuchlicher Prozeßführung zu machen berechtigt wäre. Man kann vielmehr von Mißbrauch nur dann reden, wenn die Partei Prozeßhandlungen vornimmt, von denen sie weiß oder bei gehöriger Sorgfalt wissen mußte, daß sie dem Prozeßzwecke nicht dienlich sind.

Die gegen den Mißbrauch gewährten Schutzmittel pflegt man einzutheilen in Vorbeugungsmittel und Strafen[136]).

1. Präventiv wirkt das Gebot, daß die Partei, die gegenüber der andern einen prozessualischen Vortheil zu erreichen trachtet, jener Sicherheit leiste für den ihr etwa erwachsenden Schaden, oder die thatsächlichen Voraussetzungen ihres Begehrens glaublich mache, ferner die früher sehr gebräuchlich gewesene Anwendung des sog. Gefährde- (Calumnien-) Eides d. h. der eidlichen Versicherung guten Glaubens, endlich das Gebot, daß die Partei die auf die beabsichtigte Handlung entfallenden Prozeßkosten ganz oder zum Theil vorauszahle.
2. Prozeßstrafen sind die vom Richter festgesetzten, einer Partei für mißbräuchliches Handeln besonders auferlegten Nachtheile (z. B. die Zahlung erhöhter oder andernfalls nicht erhobener Prozeßkosten) oder die Einräumung prozessualischer Vortheile an den Gegner (z. B. Verschiebung der Beweislast). Hierher gehört auch die Befugniß des Richters, die nach seiner Ueberzeugung mißbräuchlich unternommene Prozeßhandlung unbeachtet zu lassen[137]).

---

[136]) Wetzell, § 30. Planck, Lehrb. I, §§ 65 ff.

[137]) Dies betont besonders Zink, Ermittelung des Sachverhalts ꝛc., als Vorzug des französischen Prozesses.

Digitized by Google

Auch die Furcht vor der Pflicht, die Prozeßkosten zu zahlen, wirkt als Schutzmittel gegen Prozeßmißbrauch. Aber unrichtig ist es, den Prozeßkostenersatz als vom Gesetz beabsichtigtes Schutzmittel zu behandeln. Denn die Kostenpflicht ist nicht Strafe für ein Verschulden, sondern eine vom Gesetz an die Thatsache des Unterliegens geknüpfte Obligation[138]).

b. Die Prozeßentscheidung.

§ 105. Der Richter *leitet*, indem er anordnet, daß etwas geschehen oder nicht geschehen solle, er *entscheidet*, indem er das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines von dieser oder jener Partei geltend gemachten Rechtes ausspricht. Die Bedeutung der einzelnen im Prozesse möglichen Entscheidungen entspricht denn auch der Bedeutung der geltend gemachten Rechte. Sowie die dem Prozeßrecht angehörigen Ansprüche der Parteien nur Ausflüsse des *einen* Prozeßrechtsverhältnisses und nur darauf gerichtet sind, der Partei einen prozessualischen Vortheil vor ihrem Gegner zu gewähren, so leisten auch die über Prozeßrechte erlassenen Entscheidungen als Vor- oder Zwischenentscheidungen für das Endziel des Feststellungsverfahrens (das Endurtheil) oder für den Zweck des Vollstreckungsverfahrens (die Befriedigung des Rechtsschutzanspruches) nur einen mehr oder minder untergeordneten Dienst. Jene Ansprüche und diese Entscheidungen werden erst *durch* den Prozeß veranlaßt. Zweck dieses aber ist die Feststellung und Durchführung des *privatrechtlichen* Anspruches, den der Kläger verfolgt. Darum ist diejenige Entscheidung, welche den Ausspruch über dieses Recht enthält, die wichtigste im ganzen Prozesse, sie bildet das Endziel des Feststellungs- und den Ausgangspunkt des Vollstreckungsverfahrens. Man bezeichnet sie mit *Endurtheil* oder nennt sie da, wo ein Mißverständniß nicht obwalten kann, einfach *das Urtheil*.

§ 106. Jegliche Entscheidung über ein Recht ist wie jegliche Behauptung eines Rechts ein Urtheil. Sie besteht in der Anwendung der abstrakten Rechtsnorm auf konkrete Thatsachen. Der Richter muß also dieselbe Denkoperation vollziehen, wenn er entscheidet, wie die Partei, wenn sie ein

---

[138]) *Waldner*, die Lehre von den Prozeßkosten S. 54 ff. *Planck*, Lehrbuch I § 69. *Kohler*, der Prozeß als Rechtsverhältniß S. 80.

Digitized by Google

Recht behauptet. Den Obersatz in dem Schlusse des Richters muß deshalb ebenso wie in dem Schlusse der Partei die anzuwendende Rechtsnorm, den Untersatz müssen die behaupteten und einstweilen als richtig unterstellten oder die bewiesenen Thatsachen bilden.

§ 107. Wenn auch das objektive Recht die feststehende gegebene Regel ist, so kann es doch schwierig sein, das Vorhandensein des einzelnen Rechtssatzes festzustellen. Je verwickelter der Rechtszustand eines Landes, je unklarer die einzelne Satzung des objektiven Rechtes ist, desto eingehender muß die vom Richter im einzelnen Falle geübte wissenschaftliche Thätigkeit werden. Die vorhandenen Sammlungen von Entscheidungen höherer Gerichtshöfe geben hiervon beredtes Zeugniß.

Gegeben ist dem Richter der angewendete Rechtssatz auch dann, wenn er dem Gewohnheitsrecht angehört oder wenn der Richter ihn von einem anderen Rechtspflegeorgan, das zugleich eine rechtschaffende Thätigkeit ausübt, als gewiesen hinzunehmen hat (römischer Formularprozeß)[139].

§ 108. Die Kenntniß der Thatsachen, auf die der Richter die Rechtsnorm anwenden soll, wird ihm durch die Parteithätigkeit der Prozeßverhandlung oder Stoffvorlage beschafft. Diese besteht, wie oben gezeigt, in der Thatsachenbehauptung und im Thatsachenbeweise.

Nun kann zwar der Richter die Rechtsnorm nur auf feststehende Thatsachen anwenden, gleichwohl muß er sich von vornherein die Frage stellen, ob die behaupteten Thatsachen unter die Rechtsnorm fallen würden, falls sie festgestellt werden sollten. Er muß deshalb die behauptete Thatsache vorläufig als wahr unterstellen und schon auf diese nur als wahr vorgestellten Thatsachen das Recht anwenden. Ergiebt sich hierbei, daß Thatsachen behauptet sind, welche als zweite Prämisse des richterlichen Schlusses unter den Rechtssatz gebracht, zu der Folgerung nicht führen, welche die Partei gezogen haben will, so verdienen diese Thatsachen keine Beachtung, sie sind „belanglos," „unerheblich," und es würde

---

[139]) Den Gegensatz von rechtschaffender und rechtanwendender Thätigkeit aus dem Zustande des Privatrechts abzuleiten, unternimmt Schultze, Privatrecht und Prozeß in Wechselwirkung. 1883.

Digitized by Google

ein vom Richter verübter Mißbrauch sein, wenn er eine fernere Erörterung dieser Thatsachen, insbesondere ihren Beweis verlangte.

Wenn z. B. der Kläger erklärte: „Mein Vater war Nießbraucher des Gutes M, ist verstorben und hat mich als einzigen gesetzlichen Erben hinterlassen. Da der Beklagte, welcher Eigenthümer dieses Gutes ist, sich freiwillig nicht dazu versteht, mir die Ausübung des auf mich übergegangenen Nießbrauchsrechtes zu gestatten, so beantrage ich, daß das Gericht ihn zur Ueberlassung jenes Gutes an mich verurtheile," so würde der Richter, auch wenn die vorgetragenen Thatsachen durch Geständniß des Beklagten festgestellt würden, aus bekanntem Grunde (Unübertragbarkeit des Nießbrauchsrechtes) nicht zu dem Schlusse gelangen, den der Kläger aus ihnen herleitet. Deshalb würde es einer Erklärung des Beklagten auf die Klagethatsachen gar nicht bedürfen.

Sind dagegen erhebliche Thatsachen behauptet, die für den Richter nicht feststehen, die also weder zugestanden noch offenkundig sind, so bedarf es des Beweises derselben.

Die Erklärung des Richters, daß und welcher Beweis geführt werden solle, ist prozeßleitender Natur; Entscheidungsthätigkeit aber ist die Prüfung der Beweisergebnisse. Diese Prüfung gebührt ausschließlich dem Richter, weil nur seine Ueberzeugung angestrebt wird, nur er Beweisempfänger ist. Der Ausspruch darüber, ob der Beweis gelungen oder nicht gelungen sei, erfolgt indeß regelmäßig erst im Urtheil.

§ 109. Für die Thätigkeit der Beweisprüfung ist von entscheidender Wichtigkeit, ob der Richter unter der Herrschaft der gesetzlichen oder unter der der freien Beweiswürdigung steht[140]). Nach der ersteren ist seine Prüfung gebunden an gesetzliche Vorschriften, nach der letzteren hat er nur der Erfahrung und den Denkgesetzen d. h. seiner freien Ueberzeugung zu folgen (s. oben).

---

[140]) Ueber diesen Gegensatz verbreitet sich eine zahlreiche Literatur. Hervorzuheben ist vor Allem Endemann, die Beweislehre im Civilprozeß. 1860. v. Canstein, rat. Grundlagen S. 27 ff. Derselbe, Zeitschrift f. deutschen C.-P. Bd. 2, S. 306 ff. Wach, Vorträge S. 148 ff. v. Bar, Recht und Beweis S. 131 und S. 19—44. Zink, Ermittlung des Sachverhalts im französischen Civilprozeß, bes. S. 11 ff., S. 58 ff.

Digitized by Google

Die Legaltheorie bewirkt:

1. Daß die Thatsachenbehauptungen der Parteien nur nach ihrer formalen Seite als Parteierklärungen, nicht auch nach ihrem inneren Werthe in Betracht kommen. Nach ihr also hat einerseits jede Parteibehauptung als solche Anspruch, vom Richter als ernstlich und wahr behandelt zu werden, auch wenn ihre Unwahrheit zu Tage liegt; es muß andererseits eine jede Parteibehauptung bezweifelt werden, blos weil der Gegner sie bestreitet, auch wenn der Richter dieses Leugnen für ein frivoles hält. Unter der Herrschaft dieser Theorie spielt deshalb die Frage, ob eine gewisse Thatsache bestritten sei oder nicht, eine ungebührliche Rolle. Denn es kommt nicht darauf an, ob aus dem Verhalten der Partei zu schließen ist, daß sie bestreiten oder nicht bestreiten wollte, sondern darauf, ob die Partei die Behauptung ihres Gegners thatsächlich durch Bestreiten entkräftet hat. Jeden Zweifel hierüber suchte man zu beseitigen, indem man die zusammenhängende Geschichtserzählung der Partei in einzelne Sätze auflöste und diese in Gestalt von Fragen (Artikeln, Fragstücken) dem Gegner vorlegte, damit er sie mit Ja oder Nein beantworte. Auch noch lange nach Aufhebung des artikulirten Verfahrens war man der Ansicht, daß nur ein ausdrückliches Bestreiten der einzelnen Behauptung diese zur beweisbedürftigen mache.

   Nach der gesetzlichen Beweistheorie darf also aus dem Verhalten der Partei im Prozesse, insbesondere aus dem inneren Werthe der Parteibehauptung ein Beweisgrund für oder gegen die behauptete Thatsache nicht entnommen werden.

2. Bei Beurtheilung der Ergebnisse der Beweisführungsthätigkeit ist der Richter verpflichtet, seine Ueberzeugung durch das Gesetz einschränken oder bestimmen zu lassen. Diese Theorie würde in voller Reinheit auftreten, wenn sie dem richterlichen Ermessen gar nichts überließe. Aber bis zu diesem Extrem hat sich wohl auch das altgermanische Beweisrecht nicht verstiegen. Befiehlt das Beweisrecht dem Richter, eine Thatsache für wahr anzusehen, wenn das Gesetz bestimmte Erfordernisse für den Beweis aufstellt und diese befriedigt sind, so spricht man von positiver, schränkt das

Digitized by Google

Gesetz das freie Ermessen des Richters aber nur dadurch ein, daß es ihm verbietet, sich durch gewisse Beweismittel überzeugen zu lassen, so spricht man von negativer Beweistheorie[141]).

Dieses System, das dazu gelangte, von ganzem, halbem, Viertel-Beweise zu sprechen und den Richter zwang, die Beweisergebnisse mechanisch zu berechnen, statt sie zu beurtheilen, hat in neuerer Zeit die schärfste Verurtheilung erfahren[142]). Sie hatte im deutschen Recht des frühen Mittelalters ihren Grund in dem Aberglauben des Volkes, das im Bewußtsein der Schwäche menschlicher Intelligenz Gott selbst zum Richter anrief (Ordalien), anderwärts aber war sie der Ausdruck des Mißtrauens gegen richterliche Willkür. Deshalb stellte sie sich in ihrer Ausbildung im späteren kanonischen Recht[143]) die Aufgabe, gewisse erprobte Erfahrungssätze gesetzlich festzustellen. Ihr Fehler lag nur darin, daß sie den Richter zur unterschiedslosen Anwendung dieser Erfahrungssätze zwang, diese selbst bis in kleinliche Einzelheiten ausspann und auf diese Weise die Rücksichtnahme auf die Individualität des einzelnen Falles unmöglich machte. Ein solches System ist aber nur da durchführbar, wo der Richter den Prozeßstoff aus Berichten Anderer oder aus der alles nivellirenden Schrift empfängt. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit dagegen hätte keinen Sinn, wenn man den Richter bei der Prüfung des unmittelbar wahrgenommenen an feste Regeln binden wollte.

Unter der Herrschaft des Grundsatzes freier Beweiswürdigung werden

1. die Thatsachenbehauptungen der Parteien nach ihrem inneren Werthe geprüft. Der Richter kann ebensowohl eine behauptete Thatsache unbeachtet lassen, wenn er überzeugt ist, daß sie erdichtet und nicht in ernstlicher Absicht vorgetragen, wie ohne weiteres glauben, wenn diese Thatsache an und für sich jenen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit für sich hat, mit dem man sich in jedem Falle genügen lassen muß. Es können also aus dem Verhalten der Parteien im Prozesse,

141) Endemann a. a. O., S. 3. 4.
142) Besonders von Zink und Endemann.
143) Denn das ältere kanonische Recht hatte den Grundsatz freier Beweisprüfung, s. Endemann, Beweislehre S. 23.

Digitized by Google

insbesondere aus ihren bloßen Behauptungen Beweisgründe entnommen werden[144]), und man würde richtiger von freier Sachprüfung sprechen.

2. Bei Beurtheilung der Beweisergebnisse folgt der Richter unter der Herrschaft dieser Theorie nur seiner eigenen, auf der Beobachtung des wirklichen Lebens fußenden Erfahrung und seinem eigenen durch Uebung geschärften Urtheile.

§ 110. Beachtet wird vom Richter nur die festgestellte Thatsache. Läßt die Beweisführung eine Lücke, d. h. hat sie nicht diejenigen Thatsachen zur Feststellung gebracht, die hätten bewiesen werden sollen, so trifft der Nachtheil, daß diese Thatsachen unbeachtet bleiben, diejenige Partei, deren Aufgabe es war, jene Thatsachen zu beweisen[145]). Dieser Nachtheil ist der gleiche, mag man die Beweisführung als ein Recht oder als eine Pflicht bezeichnen. Von einer erzwingbaren Pflicht kann keinenfalls, selbst da nicht die Rede sein, wo der Richter eine bestimmte Beweisführung fordert, den Beweis „auferlegt." Denn leistet die Partei dem Gebote Folge, so unternimmt sie in ihrem eigenen Interesse die Beseitigung des drohenden Nachtheils; entspricht sie dem Verlangen des Richters nicht, so nimmt sie kraft ihrer Dispositionsbefugniß jenen Nachtheil freiwillig auf sich, sie begiebt sich in diesem Falle eines ihr zustehenden Rechts. Denn Gegenstand eines solchen ist die Beweisführung sicher in gleichem Maße als die Vertheidigung ein Recht ist. Gleichwohl sind wir gewöhnt, die Vorstellung von einem besonderen Rechte zum Beweise nur mit dem Gedanken an die Beweisgrundsätze des mittelalterlich-deutschen Rechtes zu verbinden. Da die Aufgabe des Beweisführers darin besteht, den ihm drohenden Nachtheil zu beseitigen, diese Aufgabe aber keineswegs immer eine leicht zu bewältigende ist, bezeichnet man sie mit richtiger Empfindung als eine Last.

---

[144]) v. Bar a. a. O., S. 8. Endemann, Archiv f. civ. Praxis Bd. 41, S. 320 ff., S. 340 ff.

[145]) Vgl. insbesondere A. D. Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozesse. 1845. H. Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast. 1858. Langenbeck, die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. 1860. Planck, die Lehre vom Beweisurtheil § 33. Wetzell §§ 15. 16.

Digitized by Google

Welcher Partei betreffs einer gewissen Thatsache die Beweisaufgabe gestellt werden muß, ist Gegenstand der häufig schwierigen Entscheidung des Richters. Sie kann nur getroffen werden nach vorgängiger Würdigung der Natur desjenigen Rechtsverhältnisses, dessen Entstanden-, Verändert- oder Erloschensein dem Richter bewiesen werden soll. Für diese Würdigung hatten sich im mittelalterlich-deutschen Prozeßrecht eine Reihe, für jene Zeit zweckentsprechender Grundsätze entwickelt, die ihrer Besonderheit wegen hier noch nicht dargestellt werden können. Allein die Mannigfaltigkeit der zur Entscheidung kommenden Streitfälle geht weit über die Schranken derjenigen Typen hinaus, die ein dem Richter gegebener Leitfaden nur gewähren kann. Ihr gerecht zu werden sind nur jene allgemeinen Grundsätze im Stande, die dem Wesen der Rechtsverfolgungsthätigkeit entnommen, von den Römern erkannt und von diesen auf uns übertragen worden sind. Sie lauten: Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (Paulus in l. 2 D. de probat. 22, 3) und Excipiendo reus fit actor oder In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere (Ulpianus in l. 19 pr. D. eod.). Das heißt: Der Kläger hat diejenigen Thatsachen zu beweisen, die seinen Anspruch begründen, der Beklagte hat diejenigen Thatsachen zu beweisen, die seine Einrede begründen.

Nach diesen Grundsätzen fällt *Beweislast* und *Behauptungslast* zusammen. Mit dem Worte Behauptungslast ist denn auch klar genug ausgedrückt, daß zu beweisen ist nicht alles, was die Partei etwa zu behaupten für gut findet, und dessen Behauptung durch Zweckmäßigkeitsrücksichten vielleicht sogar dringend geboten ist, sondern daß zu beweisen sind nur diejenigen Thatsachen, deren Behauptung eine *logische* Nothwendigkeit ist. Das Gebot der Logik aber trifft positive wie negative Thatsachen: auch der Umstand, daß etwas *nicht* geschehen ist, kann unumgängliche Voraussetzung eines behaupteten Rechtes sein.

> Z. B. In einem Miethsvertrage ist ausbedungen, daß der Miether zu sofortiger Räumung der Wohnung verpflichtet sei, wenn er zwei aufeinanderfolgende Monatszinse nicht bis zum 3ten des folgenden Monats zahlen sollte. Wenn nun der Vermiether unter Bezugnahme auf diese Bestimmung gegen den Miether auf Räumung klagt, so muß er zur Begründung seines Anspruches die

Digitized by Google

negative Thatsache behaupten, daß der Beklagte die Miethe nicht gezahlt habe, und diese negative Thatsache hat er zu beweisen.

Es müssen also behauptet und bewiesen werden alle diejenigen Thatumstände, die zur Begründung eines Angriffs- oder Vertheidigungsmittels logisch nothwendig sind. Es folgt hieraus, daß die Behauptung von solchen Thatsachen, deren Wahrheit mit den vom Gegner behaupteten Thatsachen unverträglich ist, niemals die Beweislast nach sich ziehen kann; denn die Erklärung, daß die Behauptung des Gegners unwahr sei, kann einfach in der Weise abgegeben werden, daß man sie bestreitet, es bedarf nicht noch der ausdrücklichen Behauptung, daß ihr Gegentheil wahr sei. Wird dieses Gegentheil gleichwohl behauptet und bewiesen, so ist dieser Beweis Gegenbeweis, also eine vielleicht praktisch dringend erforderte, aber nicht logisch nothwendige Parteithätigkeit.

Z. B. Der Kläger vindicirt ein bestimmt bezeichnetes Werthpapier. Geboten ist hier die Behauptung, daß der Beklagte sich im Besitze gerade dieses Papieres befinde. Der Beklagte kann dieser Behauptung entgegentreten, indem er einfach erklärt: „Ich bestreite die gegnerische Forderung." Es ist keineswegs erforderlich, daß er hinzufügt: „Ich bin allerdings im Besitze eines Werthpapieres der vom Kläger bezeichneten Art, aber nicht der vom Kläger verlangten Nr. 308, sondern der Nr. 120." Deshalb hat nur der Kläger die Beweislast für seine Behauptung, nicht auch der Beklagte die Beweislast für das Gegentheil.

Eine Verschiebung der Beweislast bewirken die Rechtsvermuthungen. Zwar bleibt auch hier der zur Entkräftung der Vermuthung unternommene Beweis ein Gegenbeweis. Aber hier ist es das Gesetz, das die Zwangslage geschaffen, die Präsumption entweder als zutreffend hinzunehmen oder diejenige Thatsache, die die Vermuthung entkräftet, zu behaupten und zu beweisen.

Jene oben angegebenen allgemeinen Grundsätze gehören unbedenklich dem Prozeßrecht an[146]). Denn ihre Bedeutung liegt nur darin, daß sie die Norm abgeben, von welcher bei der Frage, wer im konkreten Falle die Beweisaufgabe habe,

[146]) Vgl. statt Vieler Wach, Handbuch I S. 125. Kohler in Rassow und Küntzel Beiträge Bd. 31, S. 306.

Digitized by Google

jedesmal ausgegangen werden muß. Nur die Frage, welche Thatsachen zur Begründung des gerade vorliegenden Rechtsbehelfes behauptet werden müssen, m. a. W. nur die Frage nach den thatsächlichen Voraussetzungen des Eintritts privatrechtlicher Wirkungen kann aus dem Privatrecht beantwortet werden.

Z. B. Ein Thier hat einen Schaden verursacht, dessen Ersatz der Verletzte von dem Eigenthümer des Thieres verlangt. Der Kläger behauptet, daß der Beklagte die nöthige Aufsicht über das besonders gefährliche Thier vernachlässigt habe, kann hierfür aber keinen Beweis erbringen. Es frägt sich, ob er diesen Beweis überhaupt zu führen hat. Der prozeßrechtliche Grundsatz über die Beweislast stellt ihm die Aufgabe, diejenigen Thatsachen zu beweisen, die seinen Schadensersatzanspruch begründen. Ob aber zur Begründung einer Schadenforderung der bezeichneten Art die Thatsache, daß der Beklagte zur Zeit der Beschädigung Eigenthümer des Thieres war, genügt, oder ob der Eigenthümer nur bei vernachlässigter Sorgfalt haftet, entscheidet sich nach demjenigen Civilrecht, dessen Herrschaft der Fall unterliegt.

Allein wie richtig jene allgemeinen Beweisgrundsätze auch sind, so fehlerhaft wäre es, sie ohne Rücksicht auf die besondere Lage des Falles mechanisch anzuwenden. Insbesondere wird man von dem, der eine negative Thatsache zu beweisen hat, einen strikten Beweis schwerlich fordern dürfen[147]). Eine billige Ausgleichung der Härten, die eine starre, aber folgerichtige Durchführung der Beweislastgrundsätze nach sich ziehen muß, kann indeß nur von einem auf die Grundsätze der Unmittelbarkeit und der freien Beweiswürdigung gebauten Verfahren erwartet werden[148]).

§ 111. Mit der Entgegennahme von Behauptungen und Beweisen ist für den Richter die Thätigkeit des Insichaufnehmens („Kognitionsthätigkeit") beendet, und es beginnt die aktive Thätigkeit der Urtheilsfindung. Es gilt jetzt, den

[147]) Vgl. l. 12 D. de prob. 22, 3. l. 18. 23. C. de prob. 4, 19. l. 10. C. de non num. pecunia 4, 30.

[148]) v. Bar, Recht und Beweis S. 35 ff. geht zu weit, wenn er bei Unmittelbarkeit des Verfahrens die völlige Beseitigung der Beweislastregeln befürwortet. Gegen diese Auffassung: Wach, krit. Vierteljs. Bd. 14, S. 357 und die herrschende Meinung.

Digitized by Google

faktischen Vorgang als rechtlich erhebliche Thatsache, ein Lebensverhältniß als Rechtsverhältniß zu erfassen, eine Denkarbeit ganz entsprechend der, die oben als Individualisirung der Rechtsbehauptungen der Parteien bezeichnet wurde. Denn wie diese den Rechtssatz anzeigt, unter welchen die Partei ihr Vorbringen gestellt sehen möchte, so führt jene Denkthätigkeit des Richters auf die Rechtsnorm, welche auf den Streitstoff anzuwenden ist. Der Richter, der sie ausübt, gleicht dem Arzte, der sich bemüht, aus vereinzelten Symptomen auf die Art der Krankheit zu schließen. Auch für den Juristen kommt alles darauf an, dasjenige Rechtsverhältniß zu ergründen, aus dem sich der klägerische Anspruch oder die Rechtseinrede des Beklagten herleitet; deshalb muß er die zu seiner Kenntniß gebrachten faktischen Vorgänge als Erscheinungsformen eines Rechtsverhältnisses auffassen und also aus ihnen auf die Art des Verhältnisses schließen. Damit stellt er die juristische Diagnose[149]).

Beispiel: A hat dem B, der ein Handelsgeschäft betreibt, die Summe von 10,000 Mark übergeben. Letzterer bezeichnet diese Summe in einem Empfangsbekenntnisse als „Depositenkonto," verpflichtet sich, dieselbe nach fünf Jahren zurückzuzahlen und dem A 15 % „von dem reinen Gewinne jeden Jahres" abzuführen und den etwaigen Verlust allein zu tragen. Als im Konkurse des B zwischen dem A und dem Konkursverwalter Streit und demnächst ein Prozeß entsteht, muß die Entscheidung getroffen werden, ob jene 10,000 Mark als Darlehn oder als Einlage für eine von den Parteien geschlossene stille Gesellschaft zu betrachten seien. Der Richter hat deshalb jene Thatsachen darauf hin zu prüfen, ob sie Erscheinungsformen dieses oder jenes Rechtsverhältnisses sind. Je nachdem er sich überzeugt, daß dieses oder daß jenes Rechtsverhältniß entstanden sei, gelangt er zur Anwendung der Rechtsgrundsätze vom Darlehn oder der von der stillen Gesellschaft. Nach diesen Grundsätzen (also z. B. nach Art. 258 H.-G.-B.) hat er zu entscheiden, ob der Anspruch des A, die Forderung auf jene 10,000 Mark als Konkursforderung voll zuzulassen, besteht oder nicht besteht.

[149]) Vgl. Ihering, Geist des röm. Rechts Bd. 2 § 45. Nr. 2.

Digitized by Google

Der Weg, den die richterliche Denkarbeit einschlägt, führt also von der Erfassung konkreter Thatumstände auf diejenige Grundlage hin, von der die eigentliche Rechtsanwendung auszugehen hat[149a]).

Die Schwierigkeit dieser Arbeit geht Hand in Hand mit der Verwicklung der Thatbestände, die das Leben erzeugt. In den Anfängen der Kulturentwickelung pflegt nur eine gemessene Anzahl bestimmter Rechtsvorgänge sich immer zu wiederholen. Tritt zu dieser natürlichen Einförmigkeit noch das Gebot strenger Formbeachtung, so bleibt die Thätigkeit des Richters auf die Beantwortung der Frage beschränkt, ob der Form genügt ist oder nicht. Dazu bedarf es weder durchdringenden Verstandes noch umfassender Rechtskenntnisse. Aber mit dem Steigen der Kultur wachsen auch die an die Intelligenz des Richters zu stellenden Anforderungen. Er muß eine große Masse von Rechtssätzen nicht blos zu bereiter Verwendung in seinem Gedächtniß bewahren, sondern in der Weise mit seinem Verständniß durchdringen, daß das objektive Recht als ein lebendiger Organismus klar vor seinem Geiste steht.

§ 112. Die vom Richter in einem Prozesse getroffenen Entscheidungen sind entweder Vorentscheidungen oder die Endentscheidung. Unter jenem allgemeinen Begriffe werden hier alle Entscheidungen zusammengefaßt, welche thatsächlich in dem Feststellungsverfahren eines und desselben Prozesses erlassen werden. Was ihre Beziehung zum Endurtheil angeht, so sind sie entweder

1. durch den Prozeß nur veranlaßt und erledigen alsdann eine Neben-, Zwischen-, Incidentstreitigkeit, oder sie sind

---

149a) Hierüber sagt v. Savigny, System I, S. 7: „Diese Grundlage finden wir in dem Rechtsverhältniß, von welchem jedes einzelne Recht nur eine besondere durch Abstraktion ausgeschiedene Seite darstellt, sodaß selbst das Urtheil über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend sein kann, als es von der Gesammtanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht. Das Rechtsverhältniß aber hat eine organische Natur und diese offenbart sich theils in dem Zusammenhang seiner sich gegenseitig tragenden und bedingenden Bestandtheile, theils in der fortschreitenden Entwicklung, die wir in demselben wahrnehmen, in der Art seines Entstehens und Vergehens. Diese lebendige Konstruktion des Rechtsverhältnisses in jedem gegebenen Falle ist das geistige Element der juristischen Praxis, und unterscheidet ihren edlen Beruf von dem bloßen Mechanismus, den so viele Unkundige darin sehen".

Digitized by Google

2. von Einfluß auf die Hauptentscheidung[150]), indem sie diese vorbereiten oder bedingen.

Die vorbereitenden (präparatorischen) Entscheidungen erleichtern oder befördern die endgültige Aburtheilung, indem sie erklären, ob ein bestimmter prozeßrechtlicher Anspruch für die Partei, die ihn erhoben hat, besteht oder nicht besteht, oder indem sie einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu Ungunsten dessen, der sie geltend gemacht, erledigen. Ein Fall letzterer Art ist z. B. die Zurückweisung des Einwandes mangelnder Aktivlegitimation, wenn der Beklagte außer dieser noch andere Einwendungen gemacht hat, aber nur dieser erste Einwand zur Aburtheilung reif ist.

Die bedingenden (präjudiciellen) Entscheidungen sind nothwendig für den Erlaß des Endurtheils, indem sie eine Frage beantworten, ohne welche eine Erklärung über das Bestehen oder Nichtbestehen des klägerischen Anspruchs nicht abgegeben werden kann. Hierhin gehört das altgermanische und das gemeinrechtliche Beweisurtheil, das die Frage, was und von welcher Partei zu beweisen war, mit einer den Richter und die Parteien bindenden Wirkung erledigte. Präjuduciell ist z. B. auch das Urtheil, welches über die Vaterschaft des Beklagten zum Kläger entscheidet, für den Anspruch des letzteren auf Gewährung von Unterhalt.

§ 113. Auch im Vollstreckungsverfahren werden Entscheidungen getroffen. Eine solche bildet die nothwendige Voraussetzung für die Anordnung der begehrten Zwangsmaßregel, und geht aus einer vorläufigen, nur auf einseitigen Antrag des Gläubigers erlassenen in eine endgültige über, wenn der Schuldner von dem Rechte der Vertheidigung keinen Gebrauch macht. Aber alle die Entscheidung durchführenden Anordnungen sind prozeßleitender Natur (vgl. §§ 89, 140).

§ 114. Alle diese Entscheidungen treten an Bedeutung weit zurück hinter das Endurtheil (Urtheil schlechthin). Dieses enthält die Entscheidung über den in der Klage geltend gemachten Anspruch. In der Erhebung der Klage liegt aber nicht allein die Geltendmachung eines gegen den Beklagten gerichteten privatrechtlichen, sondern gleichzeitig die Verfolgung eines sich an den angerufenen Richter wendenden prozeßrecht-

[150]) Wetzell § 64.

Digitized by Google

lichen Anspruchs. Der letztere ist die Vorbedingung des ersteren: ein Sachurtheil kann verlangt werden nur von dem zur Gewährung des Rechtsschutzes verpflichteten Richter. Es ist deshalb zu unterscheiden:

1. Der prozeßrechtliche Anspruch ist begründet. In diesem Falle wird ein Urtheil, das lediglich die Thatsache des Daseins dieses Prozeßanspruches erklärte, regelmäßig nicht erlassen. Ein Bedürfniß hierzu ist nur dann vorhanden, wenn unter den Parteien über die Existenz des Prozeßrechtsverhältnisses Streit entstanden war. In allen andern Fällen zeigt der Richter dadurch, daß er den Prozeßstoff entgegennimmt, daß er vielleicht sogar zur zweckentsprechenden Fortführung der Verhandlung prozeßleitende Anordnungen trifft, mit hinlänglicher Deutlichkeit, daß er sowohl sich selbst zur Abgabe als die Parteien zur Hinnahme des Urtheils verpflichtet erachte.

Dieses (Sach- oder materielle) Urtheil bejaht oder verneint den privatrechtlichen Anspruch des Klägers.

a. Im Falle der Verneinung bezeichnet das Urtheil die Klage als unbegründet. Ob gerade dieser Ausdruck gewählt wird oder ob man den Beklagten „los- und ledig-" oder „freispricht", ihn von der Klage „entbindet" (absolvere) oder ob man die Klage „ab-" oder „zurückweist", darauf kommt nichts an, wenn nur die anspruchverneinende Bedeutung des Urtheils außer Zweifel gestellt wird (absolutio ab actione).

b. Im Falle der Bejahung genügt nicht immer die Erklärung, daß der Anspruch des Klägers besteht. Handelt es sich um eine Klage, welche vom richterlichen Urtheil ein selbstthätiges Eingreifen in den bisherigen Rechtszustand mit Grund verlangt (s. oben § 59), so muß das Urtheil selbst den veränderten Zustand unmittelbar herstellen. Am deutlichsten spricht hier immer das schon wiederholt gebrauchte Beispiel von der Klage auf Trennung der Ehe. Ist diese Klage begründet, so hat das Urtheil die Scheidung selbst auszusprechen. Dagegen begründet es für den Inhalt des Urtheils keinen wesentlichen Unterschied, ob es einer Feststellungs- oder ob es einer Leistungsklage stattgiebt. Zwar enthält es im letzteren Falle neben der entweder ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochenen Feststellung auch noch die Verurtheilung (condemnatio) des Beklagten zu der ihm ob-

Digitized by Google

liegenden Leistung, aber es erklärt in beiden Fällen doch immer nur das Dasein des klägerischen Anspruches.

2. Der prozeßrechtliche Anspruch ist unbegründet. In diesem Falle kann der Richter die Klage nicht für unbegründet, er kann sie nur für unstatthaft erklären, denn er hat das Dasein des Klageanspruchs nicht geprüft, sondern diese Prüfung für unzulässig erklärt (absolutio ab instantia).

Es ist klar, daß das Urtheil diesen letzteren Inhalt haben muß, wenn eine Prozeßvoraussetzung fehlt. Aber es ist dies keineswegs, wie man annehmen sollte, der einzige Fall der absolutio ab instantia geblieben. Denn eine Prüfung des privatrechtlichen Anspruches hat auch dann nicht stattgefunden, wenn der Richter in seinem Urtheil erklärt, es seien ihm vom Kläger nicht alle diejenigen Thatsachen mitgetheilt worden, die die Voraussetzung seines Anspruchs bilden, die Prüfung der Frage, ob dieser Anspruch in der That bestehe, sei demnach unmöglich. Solche Fälle sind unvermeidlich in einem schriftlichen Verfahren, in welchem die Ausübung des richterlichen Fragerechts besonderen Schwierigkeiten unterliegt, und da, wo die nachträgliche Ergänzung anfänglich unvollständiger Erklärungen untersagt ist. In einem mündlichen Verfahren mit ausgedehntem richterlichem Fragerecht darf eine solche Entscheidung nicht vorkommen. Denn hier ist es Pflicht des Richters, die Parteien zu vollständigen Erklärungen zu veranlassen. Kommt die aufgeforderte Partei dem an sie gestellten Gebote nicht nach, so erklärt sie damit, daß sie ihren Anspruch lediglich auf die Thatsachen stützen wolle, die sie vorgetragen. Alsdann aber kann und muß der Anspruch als unbegründet zurückgewiesen werden. Mangelt der aufgeforderten Partei indeß die persönliche Fähigkeit zu geeignetem Vortrage, so dürfte es wohl auch beim Fehlen einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung als ein Recht des Richters bezeichnet werden, fernerhin von der Person dieser Partei eine Erklärung nicht mehr entgegennehmen zu wollen.

Hiermit zusammen hängt die Frage, ob die Klage „in der angebrachten Art" abgewiesen werden dürfe, wenn der Klagevortrag die Annahme nahe legt, daß dem Kläger ein gewisser Anspruch zustehe, nur der nicht, den er erhoben hat. Allein der Glaube an die Zulässigkeit eines solchen Urtheils beruht auf einem Irrthum. Denn es ist nicht Aufgabe des

Digitized by Google

Richters, nach Art eines Rechtsfreundes des Klägers eine Untersuchung anzustellen, ob diesem wohl ein Anspruch zustehe: er hat einfach über das Dasein des gerade geltend gemachten Anspruchs zu entscheiden und demnach die Klage als unbegründet zu bezeichnen, wenn dieser Anspruch nicht besteht.

Beispiel: Eine Korporation klagt gegen zwei ausgeschiedene Vorstandsmitglieder auf Rückzahlung von Bezügen, die über das zulässige Maß hinaus an diese gezahlt worden seien, und behauptet die solidarische Haftung der Beklagten. Der Richter erklärt, daß es hier an der Voraussetzung solidarischer Verpflichtung, d. h. an einem Verschulden der Beklagten fehle, daß also jedenfalls ein Schadensersatzanspruch nicht begründet sei. Findet er dabei, daß vermuthlich ein Bereicherungsanspruch bestehe, so hat er die Schädenklage einfach als unbegründet zu bezeichnen. Denn nur über diese Klage hat die Klägerin ein Urtheil begehrt.

§ 115. Entscheidet ein Einzelrichter, so ergiebt sich das Urtheil als einfache Folgerung aus den vom Richter angestellten Erwägungen: er würde unlogisch verfahren, wenn er ein Urtheil ausspräche, das mit seinen eigenen Urtheilsgründen im Widerspruch stände. In einem Kollegium dagegen kann der Fall vorkommen, daß alle Mitglieder das gleiche Resultat wollen, dabei aber von verschiedenen Gründen ausgehen. Man stelle sich vor, daß der Klage der Einwand mangelnder Passivlegitimation und die Einrede des Vergleichs entgegengesetzt worden sind. Die drei Mitglieder des urtheilenden Kollegiums sind darin einig, daß die Klage als unbegründet zu bezeichnen sei, aber das Mitglied A will dieses Resultat aus dem Grunde, weil die Klage einen Anspruch verfolge, der gesetzlich nicht gerechtfertigt sei, das Mitglied B aus dem Grunde, weil der Einwand der mangelnden Legitimation, das Mitglied C endlich, weil die Einrede des Vergleichs begründet sei. Würde hier nach Gründen abgestimmt, so müßte der Beklagte verurtheilt werden, weil für jede der drei verschiedenen Abweisungsgründe die erforderliche Majorität fehlt; es käme also ein Ergebniß heraus, das keines der stimmenden Mitglieder will. Wird lediglich nach dem Ergebniß abgestimmt, so steht das Urtheil

Digitized by Google

nicht im Einklang mit den Gründen. Ein Gesetz also, das die eine oder die andere Art der Abstimmung vorschreibt, nöthigt entweder dazu, das Ergebniß den Gründen oder dazu, die Gründe dem Ergebniß zu opfern. Der Umstand indeß, daß das Kollegium als Einheit handelt und der Wille der Mehrheit als Wille dieser Einheit gedacht werden muß, zwingt dazu, der Abstimmung nach Gründen den Vorzug zu geben. Denn für die Bildung dieses Gesammtwillens können keine anderen Grundsätze bestehen, als für die Bildung des einen Willens des Einzelrichters. So wie dieser aber nur zu demjenigen Ergebniß gelangen kann, das als logische Nothwendigkeit aus den ihn bestimmenden Gründen folgt, so kann auch für den Willen des Kollegiums nur der Weg logischen Denkens maßgebend sein. Da nun jeder das von ihm gewünschte Ergebniß nur aus einem bestimmten Grunde will, so muß er beim Wegfall dieses Grundes das entgegengesetzte Resultat wollen. Nun aber gilt der von ihm als richtig angenommene Grund als unrichtig, wenn sich für diesen nicht die erforderliche Mehrheit findet. Man bedenke, daß die Abstimmung nach dem Resultat gerade die Garantie der Kollegialität aufgeben und die nichtigsten Gründe der Einzelnen nur deshalb zum Maßstab erheben würde, weil zufällig die Masse dieser unhaltbaren Gründe die Majorität hätte[151]).

Eine andere Schwierigkeit bietet die Urtheilsfindung in einem Kollegium, wenn es sich um die Bestimmung von Quantitäten handelt, z. B. um die Abmessung der Höhe eines Schadens, um die Zubilligung eines gewissen Maßes von Unterhaltsbeiträgen. Auch hier giebt es zwei Abstimmungsmethoden. Nach der einen zählt man die von Allen votirten Summen zusammen und theilt die Gesammtsumme durch die Zahl der Stimmen. Diese Methode erweist sich gerade bei kleinen Beträgen, in denen jede Differenz verhälnißmäßig schwerer ins Gewicht fällt, als bei großen Summen als ungeeignet. Man nehme an: A stimmt für 3, B für 6, C für 12, so ergäbe sich für das Urtheil die Zahl 7, die keiner gewollt hat. Empfehlenswerther ist deshalb die sog. Kombinationsmethode, nach welcher die höchstvotirende Stimme der nächst-hochvotirenden so lange beigezählt wird, bis sich eine Mehrheit ergiebt. In obigem Beispiel wäre das Ab-

[151]) v. Bar, Recht und Beweis S. 177 ff. schlägt eine Verbindung beider Methoden vor. Doch dürfte damit nicht viel gewonnen sein.

Digitized by Google

stimmungsergebniß die Zahl 6, die doch wenigstens von Einem gewollt ist. Diese Methode verhindert gleichzeitig ein absichtliches Herauf- oder Herabdrücken des Gesammtergebnisses. Denn wenn bei jener Additionsmethode das zuletzt stimmende Mitglied ein besonders hohes Ergebniß wünschte, so würde es (in allerdings pflichtwidriger Weise) etwa 30 votiren können, es hätte dann das Endergebniß auf 13 hinaufgedrückt, was dem Willen der Majorität durchaus widerspricht.

§ 116. Mit der Lehre von den richterlichen Entscheidungen steht in engem Zusammenhange die Lehre von den sogenannten Rechtsmitteln. Diese bestehen in den häufig vielgestaltigen prozessualischen Befugnissen der Parteien auf Prüfung der bereits erlassenen und Fällung einer anderen Entscheidung[152]).

Bei der Herstellung von Rechtsschutzeinrichtungen muß mit menschlicher Schwäche und menschlichem Irrthum gerechnet werden. Auch wenn der Staat für die Richtigkeit der Urtheile seiner Richter die bestmöglichen Garantien gewährt, wenn er also auf der einen Seite zu Richtern nur Personen beruft, von denen er die Handhabung einer guten Rechtspflege erwarten kann, auf der andern Seite aber den Parteien die Gelegenheit gewährt, den Streit in eingehendster Weise vor dem Richter zu erörtern, so ist die Möglichkeit unrichtiger Entscheidung bei weitem nicht ausgeschlossen. Muß es deshalb zwar als ein unvermeidliches Uebel hingenommen werden, daß die dem Schutze des Rechtes dienende Einrichtung im einzelnen Falle zu einer Anstalt für Sanktionirung des Unrechts werden kann, so bleibt es doch Rechtsschutzpflicht des Staates, die Möglichkeit dieses Uebels auf das denkbar niedrigste Maß herabzusetzen. Diesem Zwecke dienen die besonderen Rechtsschutzeinrichtungen, deren Aufgabe es ist, eine abermalige Prüfung des Streitstoffes herbeizuführen und eintretendenfalls die unrichtige Entscheidung durch eine richtige zu ersetzen. Nicht diese Anstalten allein, sondern häufiger die von den Parteien auf erneute Prüfung und anderweitige Entscheidung gerichteten Anträge werden mit dem Namen Rechtsmittel bezeichnet.

---

[152]) Wetzell, §§ 51. 52. v. Canstein, rationelle Grundlagen S. 105—141. Harras v. Harrasowsky, die Rechtsmittel im Civilprozeß nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung 1879. Wach, Vorträge S. 178—216.

Digitized by Google

§ 117. Unrichtig ist ein Urtheil dann, wenn auf das Sachverhältniß das Recht falsch angewendet worden ist, oder wenn die thatsächliche Urtheilsgrundlage der Wahrheit nicht entspricht.

1. Die Rechtsanwendung ist eine irrige,
   a) wenn bei richtiger juristischer Beurtheilung des Sachverhältnisses ein Rechtssatz zur Anwendung gebracht wird, der überhaupt nicht oder nicht in demjenigen Sinne vorhanden ist, den ihm das Urtheil beigelegt hat;
   b) wenn das Sachverhältniß unter andere Rechtsnormen subsumirt worden ist, als unter welche es hätte gestellt werden sollen, m. a. Worten, wenn die Diagnose der vorgetragenen oder bewiesenen Thatsachen eine unzutreffende war.
2. Die thatsächliche Urtheilsgrundlage widerspricht der Wahrheit,
   a) wenn der Prozeßstoff unvollständig geblieben ist, sei es, daß die Parteien nicht alle erheblichen Thatsachen vorgetragen, oder daß sie den Richter nicht von der Wahrheit aller dieser Thatsachen überzeugt haben,
   b) wenn dem Richter von dem zwar vollständigen Sachverhalt eine falsche Vorstellung eingeflößt worden ist, sei es daß die Parteien absichtlich oder unabsichtlich unklare Angaben gemacht, oder daß die Beweismittel ein der Wahrheit nicht entsprechendes Ergebniß geliefert haben.

Diesen Unterschieden wird in der nachfolgenden Darstellung Rechnung getragen werden.

§ 118. Die außerordentlich mannigfaltigen Rechtsmittel, die die Geschichte des Civilprozesses aufweist, sondern sich je nach dem Eintheilungsgrunde in verschiedene Gruppen.

So bewirkt die eine Gattung von Rechtsmitteln, daß die erneute Prüfung und Entscheidung von demselben Richter, der die angefochtene Entscheidung erlassen, vorgenommen wird, die andere Gattung bringt den Prozeß an einen von jenem verschiedenen Richter.

Dasselbe Gericht zu einer Aufhebung seiner früheren Entscheidung zu veranlassen, ist ein in den meisten Fällen

Digitized by Google

vergebliches Unternehmen. Denn man kann nicht annehmen, daß dieselben Personen, die früher irrten, dem Irrthum später entgehen, oder daß sie ihren Fehler einzugestehen geneigt sein werden. Solche „Retraktationen" sind deshalb regelmäßig nur da von Nutzen, wo in der Natur oder in der Begründung des Rechtsmittels die Anerkennung liegt, daß der Richter nach dem ihm vorgelegten Streitmateriale richtig entschieden habe, also in den Fällen, in denen das Rechtsmittel auf eine die Grundlage des ersten Urtheils ergänzende neue Thatsache oder auf den Beweis gestützt wird, daß in dem früheren Verfahren außergewöhnliche Umstände eine Fälschung der vom Richter verwertheten Urtheilsgrundlagen bewirkt haben.

Diese Rücksichten walten nicht ob bei den Rechtsmitteln der zweiten Gattung. An die Prüfung der Frage, ob der erste Richter in dieser oder jener Beziehung geirrt habe, wird ein anderer Richter der Regel nach mit unbefangenem Urtheil herantreten. Aber wenn man an das Urtheil des jetzt angerufenen Richters die Erwartung knüpfen soll, daß es der Aufgabe richtiger Kritik und damit der Aufgabe zutreffender Entscheidung werde gerecht werden, so müssen Garantien gegegeben sein, die dieses Vertrauen rechtfertigen. Diese Garantien liegen einmal

a) in der Zusammensetzung des Rechtsmittelgerichts, indem man es mit besser qualifizirten oder mit einer größeren Zahl von Richtern besetzt oder beide Rücksichten zugleich walten läßt,
b) in der Natur des Rechtsmittels selbst oder in der Gestaltung des vor dem Rechtsmittelgerichte zu beobachtenden Verfahrens.

Der Umstand nämlich, daß der Stoff des Prozesses schon zum Gegenstand einer Prozeßverhandlung und einer Prozeßentscheidung gedient hat, erleichtert die abermalige Verhandlung für die Parteien und die abermalige Entscheidung für den Richter. Die anfänglich sich durchkreuzenden Gesichtspunkte haben eine Klärung und Ordnung erfahren, die für alle Theile die Beurtheilung des früher ungeordneten Stoffes fördert: die Partei kommt in die Lage, unerhebliches vom erheblichen schärfer zu sondern, Mängel ihrer früheren Ausführungen zu beseitigen und das etwa neue sofort unter den zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkt zu stellen. Die gleichen Vortheile genießt der zweite Richter, indem er aus der Hand

Digitized by Google

des ersten Richters ein gesichtetes Material empfängt und meistens seine volle Kraft auf die Kritik des Gegebenen und auf die juristische Beurtheilung des Stoffes verwenden kann.

§ 119. Es muß ferner unterschieden werden, ob das Rechtsmittel zu einer nochmaligen Erörterung der Thatfrage oder nur zu einer Prüfung der Rechtsfrage führt.

Im ersteren Falle ist es Aufgabe des Rechtsmittelgerichts, die thatsächliche Urtheilsgrundlage selbständig festzustellen: es kann demnach Thatsachen, welche der erste Richter als Urtheilsgrundlage verwerthet hat, für unverwendbar erklären, weil sie zwar zu den beweisbedürftigen gehören, aber unbewiesen geblieben seien, er kann andrerseits seinem Urtheile Thatsachen zu Grunde legen, die ihm feststehen, die aber der erste Richter bezweifelte. Mit anderen Worten: die Stoffvorlage wird wiederholt.

Diese Wiederholung läßt sich wiederum

a) entweder in der Weise bewirken, daß der Prüfung eines jeden später urtheilenden Richters immer nur diejenigen Thatsachen unterbreitet werden dürfen, welche dem vorigen Richter mitgetheilt worden waren, so zwar daß der Rechtsmittelrichter auf eine kritische Nachprüfung beschränkt bleibt, oder

b) in der Weise, daß für den Prozeßstoff der höheren Instanz nur die eine Schranke gezogen wird, daß in ihr nicht an Stelle der in der vorigen Instanz geltend gemachten neue Ansprüche verfolgt werden dürfen, daß innerhalb dieser Grenze aber volle Freiheit für die Aufstellung neuer Behauptungen und für die Vorführung neuer Beweise gewährt ist. Diese Freiheit (beneficium novorum) stellt dem zweiten Richter die Aufgabe nicht bloßen Nachprüfens, sondern selbständigen Ordnens und ursprünglichen Beurtheilens. Sie darf aber nicht dazu verleiten, die Prozeßverhandlung der höheren Instanz als einen neuen Prozeß zu bezeichnen, der mit dem in der vorigen Instanz verhandelten nur die Identität des Klageanspruchs gemein habe. Da vielmehr das einmal begründete Prozeßrechtsverhältniß unaufgelöst durch alle Instanzen fortbesteht, so müssen auch alle diejenigen Prozeßhandlungen, welche bindende Wirkung für die handelnde Partei besaßen, diese ihre Wirkung durch alle Instanzen forterstrecken.

Digitized by Google

Daß der zweite Richter in jedem Falle bei der Anwendung des Rechtes vom ersten Richter unabhängig ist, bedarf keiner Erörterung. Und so kann denn ein Rechtsmittel, das die mehr oder weniger unbeschränkte Herstellung der thatsächlichen Urtheilsgrundlage zuläßt, als das vollständigste aller Rechtsmittel bezeichnet werden. Man hat für dasselbe von altersher die Namen appellatio oder Berufung gebraucht.

Seine Zulassung kann in einem auf das Prinzip der Mittelbarkeit gegründeten Verfahren keinem Bedenken unterliegen. Hier kann die Stoffvorlage beliebig oft wiederholt werden, ohne daß die nachfolgende gegenüber der vorhergegangenen an Wirkungsfülle verlöre; denn der in den Akten sicher gebettete Prozeßstoff gewährt dem ersten Leser kein anderes Bild, als er dem zweiten bietet. Die Geschichte des Prozeßrechts weist denn auch eine mit der Durchführung der Schriftlichkeit Hand in Hand gehende Vermehrung der Appellationen auf.

Schwere Bedenken aber stehen der Zulassung der Appellation in einem auf Unmittelbarkeit gegründeten Verfahren entgegen[153]). Denn jede fernere Verhandlung giebt nothwendig ein anderes Bild als die vorangegangene, sie büßt aber gerade diejenigen Eigenschaften ein, die dem mündlichen Verfahren einen Vorzug vor dem schriftlichen geben: die Ursprünglichkeit und mit ihr jenen Grad von Lebendigkeit, der im Richter das Verständniß für die konkrete Individualität des Falles weckt. Es gilt dies namentlich von der Beweisaufnahme durch Zeugenvernehmung. Abgesehen davon, daß der Zeuge bei nochmaliger Vernehmung mit geringerer Unbefangenheit und Natürlichkeit auftritt, läßt sich täglich die Wahrnehmung machen, wie das wiederholte Nachdenken über den zu bezeugenden Vorgang die Erinnerung des Zeugen trübt, indem sich an die Stelle der ursprünglichen und wahren eine durch Reflexion beeinflußte, eingebildete Vorstellung setzt, die dem Zeugen selbst das klare Bewußtsein darüber nimmt, wo die Wahrheit aufhört und der bloße Glaube beginnt. Die

[153]) Vgl. Leonhardt, zur Reform des Civilprozesses in Deutschland 1865. II. S. 156 ff. Verhandlungen des zweiten deutschen Juristentages Bd. II, S. 1. v. Bar, Recht und Beweis S. 81 ff. Levy, die zweite Instanz in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten 1871. Dagegen namentlich Bähr, das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Civilprozeß. 1871.

Digitized by Google

der Bezirke, die den Rechtsmittelgerichten gewöhnlich zugewiesen werden, zwingt überdies in den meisten Fällen dazu, die Beweisergebnisse statt unmittelbar dem Beweismittel den von einem andern Richter verfaßten Protokollen zu entnehmen, die Unmittelbarkeit also gerade an der wichtigsten Stelle aufzugeben. Da sich endlich nicht leugnen läßt, daß der erste Richter der Regel nach mit den Neigungen und Eigenschaften von Parteien und Zeugen bekannt ist und den Verhältnissen, die den Rechtsstreit entstehen ließen, näher steht, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß die erste Instanz weit besser in der Lage ist, die vorgetragenen Thatsachen richtig zu würdigen, als die Richter einer höheren Instanz. Diese Gründe haben bei Wiedereinführung des mündlichen Verfahrens zu eingehender Erörterung der Frage nach der Zulassung der Appellation geführt[154]). Man glaubte, in der Beseitigung aller die Parteien in der Prozeßverhandlung beengenden Schranken in Verbindung mit strenger Durchführung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit einen Ersatz für die fallengelassene Berufung wenigstens da zu finden, wo die durch rechtskundige Anwälte vertretenen Parteien ihren Rechtsstreit schon in erster Instanz einem vielleicht verstärkten Kollegium, dem die besten Kräfte nicht durch ein höheres Gericht entzogen sind, vorgetragen haben. Jene Erwägungen haben für den Strafprozeß denn auch den Sieg davongetragen[155]). Im Civilprozeß hat man sich der Macht der jahrhundertelangen Uebung mit gutem Grunde gefügt. Der Umstand, daß hier nicht wie im Strafprozesse eine mit allen Machtmitteln des Staates geführte Untersuchung die mündliche Verhandlung vorbereitet, daß die Parteien, insbesondere der Kläger, mit einem fertigen Antrage vor Gericht treten müssen, schafft für den Civilprozeß ganz andere Verhältnisse wie für den Strafprozeß. Durchschlagend ist die Erwägung, die eine alltäglich erneute Erfahrung bestätigt, daß die Parteien in Verkennung der wahren Lage des Falles den Prozeß in erster Instanz nicht immer in geeigneter Weise führen, daß sie häufig erst

---

[154]) S. die in Anmerk. 153 citirten Werke und die Begründung des Entwurfs einer deutschen C.-P.-O. 1872. v. Canstein, rat. Grundlagen S. 113 ff., der einen eigenartigen Vorschlag macht.

[155]) Vgl. über die Berufung in Strafsachen außer der zahlreichen Literatur der neuesten Zeit Schwarze, die zweite Instanz im mündlichen Strafverfahren. 1862.

Digitized by Google

durch das erste Urtheil und durch die von ihnen an diesem geübte Kritik auf die richtigen Gesichtspunkte geführt werden. Verschlösse man ihnen alsdann die Möglichkeit erneuter Verhandlung, so würde man von der in ihrem Urtheil befangenen Partei die Lösung einer Aufgabe verlangen, die im Interesse folgerichtiger Durchführung eines an sich zu billigenden Prinzips Eigenschaften fordert, die weit über die wirkliche Befähigung des Durchschnittsmenschen hinausgehen.

§ 120. Diesem vollständigen Rechtsmittel stehen die auf erneute Prüfung der Rechtsfrage gerichteten Rechtsmittel gegenüber, die dieser Beschränkung wegen eine unvollständige Erneuerung der Prozeßverhandlung nach sich ziehen.

Ein Rechtsmittel dieser Art veranlaßt den durch dasselbe angerufenen Richter zu der gerade im Civilprozeß besonders schwierigen Sonderung von That- und Rechtsfrage. Die letztere besteht in der Anwendung des Rechts auf die vorgetragenen Thatsachen, sie begreift in sich also nicht blos die Auslegung und analoge Anwendung, sondern auch die Auffindung der Rechtssätze, deren Anwendung durch die juristische Bedeutung der faktischen Vorgänge geboten wird, also auch das, was oben (§ 111) als die juristische Diagnose bezeichnet wurde. Nun geschieht es nicht selten, daß ein gewisser Sachverhalt von Parteien und Richtern von vornherein aus unrichtigem rechtlichem Gesichtspunkt beurtheilt wird; es kann nicht ausbleiben, daß eine irrige Auffassung zu einer Entstellung auch des rein thatsächlichen Streitstoffes führt und die Würdigung dieses Stoffes nach seiner wahren juristischen Bedeutung erschwert. Es ist deshalb in Fällen dieser Art unvermeidlich, daß der zwar nur zur Nachprüfung der Rechtsfrage berufene Richter doch in das Gebiet des Thatsächlichen hinübergreift; damit verletzt er nicht die ihm gezogene Grenze, sondern er ermöglicht sich die Lösung der ihm gestellten Aufgabe.

Diese Aufgabe besteht nach dem vorangeschickten nur darin, daß Thatsachenfeststellungen nicht mehr vorgenommen, daß die vom vorigen Richter bezweifelten Thatsachen nicht zu feststehenden erhoben, die vom vorigen Richter als feststehend verwertheten nicht angezweifelt werden dürfen, sondern daß auf die Thatsachen, die dem vorigen Richter vorgetragen waren, das Recht angewendet werde. Unter der Herrschaft der Schriftlichkeit und Mittelbarkeit wäre zwar der Rechtsmittelrichter sehr wohl in der Lage, in eine thatsächliche

Digitized by Google

Würdigung des Prozeßstoffes einzutreten. Wenn man ihn gleichwohl auf die rechtliche Würdigung des Streitstoffes beschränkt, so geschieht dies im Interesse der Vereinigung der vollen Kraft des prüfenden Richters auf Erörterung der Rechtsfrage. Für ein mündliches Verfahren kommt hinzu, daß der Gerichtshof, der über ein Rechtsmittel der bezeichneten Art zu entscheiden berufen ist, der Regel nach gar nicht in der Lage ist, in eine faktische Prüfung des Streitstoffes oder gar in eine erneute Beweisaufnahme einzutreten.

Die Denkarbeit des Rechtsmittelrichters besteht also immer in einer kritischen Nachprüfung der vom angefochtenen Urtheile vollzogenen Rechtsanwendung. Aber sie braucht nicht nothwendig auf die bloße Kritik beschränkt zu sein: es kann dem höheren Gerichtshofe vielmehr die Befugniß beiwohnen, seine durch die Kritik erworbene Rechtsansicht zu einem neuen, selbständigen Sachurtheil zu verwerthen. Im ersten Falle nämlich ist der höhere Gerichtshof einfach vor die Frage gestellt, ob der gegen das Urtheil der unteren Instanz gerichtete Angriff begründet oder nicht begründet sei: ist er gerechtfertigt, so muß das angefochtene Urtheil aufgehoben und der unteren Instanz der Ersatz dieses nun für „nichtig", jedenfalls für unwirksam erklärten Urtheils durch ein anderes Urtheil überlassen werden; ist der Angriff nicht gerechtfertigt, so ist derselbe ab- oder zurückzuweisen, wobei wieder unterschieden werden kann, ob er der rechtlichen Begründung oder nur der vorgeschriebenen prozessualischen Voraussetzungen entbehrte. Im zweiten Falle kann der Rechtsmittelrichter an Stelle des von ihm für unverbindlich erklärten vorigen Urtheils selbst ein anderes setzen. Natürlich kann er von dieser Befugniß aber nur da Gebrauch machen, wo dieses neue Urtheil nicht erst noch der Ergänzung oder Herstellung der thatsächlichen Urtheilsgrundlage benöthigt.

Z. B. Die Vorinstanz hatte den Anspruch des Klägers als actio depositi aufgefaßt und deshalb lediglich den Beweis verlangt, daß Kläger mit dem Beklagten in Beziehung auf die jetzt geforderten Gegenstände einen Verwahrungsvertrag geschlossen habe. Der Rechtsmittelrichter verwirft diese Auffassung und bezeichnet den Klageanspruch als die actio Publiciana. Hier kann er selbst das neue Urtheil nicht fällen. Denn um über diesen Anspruch entscheiden zu können, muß er wissen, ob der Kläger sich im Usukapionsbesitze

Digitized by Google

befand und ob der Beklagte die geforderten Sachen im Besitz habe. Diese Thatsachen festzustellen, hatte der vorige Richter in Folge seiner abweichenden Auffassung unterlassen. Zur Thatsachenfeststellung aber ist der Rechtsmittelrichter nicht befugt, er ist also genöthigt, den Erlaß des nunmehr erforderlichen Urtheils der Vorinstanz zu überlassen (Beispiel von irriger Subsumtion). In einem anderen Falle hatte der Kläger einen einer kurzen Verjährung unterliegenden Schadensersatzanspruch wegen einer ihm zugefügten Körperverletzung, der Beklagte den Einwand der Verjährung erhoben und der Richter diesen Einwand für begründet erachtet, weil zwischen dem Tage der Verletzung und dem der Klageerhebung ein die Verjährungsfrist überschreitender Zeitraum liege. Es war aber nachgewiesen worden, daß ein inneres durch die Verletzung verursachtes Leiden des Klägers erst viele Monate nach der Beschädigung hervorgetreten war. Der Rechtsmittelrichter erklärt nun, der vorige Richter habe den Rechtsgrundsätzen von der Verjährung von Schadensforderungen nicht die allein richtige Deutung gegeben, daß die Verjährung erst mit dem Tage der Kenntniß derjenigen Folgen beginne, die durch die beschädigende Handlung verursacht ihrerseits den eingetretenen Vermögensschaden bewirkten. Ist nun lediglich der hiernach unbegründete Einwand der Verjährung erhoben und sind alle thatsächlichen Voraussetzungen des Anspruches festgestellt, so kann die Rechtsmittelinstanz selbständig das Urtheil fällen, das der Kläger begehrt. Fehlt es für ein solches Urtheil aber noch an irgend einer thatsächlichen Feststellung, so muß die höhere Instanz das Urtheil der niederen Instanz aufheben und ihr überlassen, ein anderes Urtheil zu fällen. (Beispiel von irriger Auslegung des Rechts.)

Ob die angefochtene Entscheidung auf einer irrigen Anwendung des Privatrechts oder des Prozeßrechts beruht, ist gleichgültig. Denn bei Verletzung des Prozeßrechts ist ein Verstoß gegen die vom Gesetzgeber gewollte Art und Weise der Herstellung einer Urtheilsgrundlage begangen.

Z. B. Das Prozeßgesetz bestimmt, daß das bloße Nichterscheinen des Schwurpflichtigen in einem zur Leistung eines Eides anberaumten Termine noch nicht

Digitized by Google

als Eidesweigerung angesehen werden solle. Hielte der Richter dafür, daß dem Gesetz Genüge geleistet sei, wenn die schwurpflichtige Partei vor dem Termine angezeigt hat, daß sie vorläufig bis zur Ermittlung weiterer Umstände Bedenken trüge, den Eid zu leisten, so wäre, wenn diese Ansicht irrig, eine Urtheilsgrundlage geschaffen, wie sie nach dem Willen des Gesetzes nicht hätte hergestellt werden sollen.

§ 121. Wenn nach einander mehrere Rechtsmittel verschiedener Art zugelassen sind, wenn namentlich die Ergreifung eines vollständigen und eines beschränkten Rechtsmittels gestattet ist, so muß naturgemäß das auf Prüfung der Rechtsfrage gerichtete Mittel das letzte sein, nach dessen Verbrauch ein weiteres nicht mehr gegeben ist. Die Thatsachenfeststellung muß erst vollständig erledigt sein, ehe mit Erfolg an die Nachprüfung der bloßen Rechtsanwendung getreten werden kann.

Bei der Zulassung eines auf die Rechtsanwendung beschränkten Rechtsmittels können verschiedene gesetzgeberische Rücksichten obwalten. Das Rechtsmittel kann nämlich ausschließlich in den Dienst privater Interessen gestellt sein, es kann aber auch bloß ein öffentliches Interesse befriedigen[156]).

Ein Mittel, das privaten Interessen dient, hat den Zweck, den Parteien denjenigen Rechtsschutz zu gewähren, der ihnen bislang noch vorenthalten worden ist. Ein Bedürfniß nach der Benutzung eines solchen Mittels ist dann nicht vorhanden, wenn das einmal erlassene Urtheil, wiewohl von unrichtigen Erwägungen ausgehend, doch zu einem richtigen oder wenigstens von der betroffenen Partei für richtig angenommenen Ergebnisse gelangt ist. Man macht deshalb die Zulässigkeit eines Rechtsmittels von der Voraussetzung abhängig, daß einmal die Partei, die das Mittel angewendet wissen will, von dem Urtheile der Vorinstanz benachtheiligt und, zweitens daß der von demselben begangene Fehler „kausal" sei, d. h. daß dieser Fehler die Unrichtigkeit und damit die Ungerechtigkeit des Urtheils verursacht habe.

---

156) Leonhardt, zur Reform u. s. w. II, S. 177 ff. Mittermaier, Arch. f. civ. P. Bd. 44, S. 290 ff. v. Bar, Recht und Beweis S. 161 ff. Begründung eines Entwurfs einer deutschen C.-P.-O. 1872. S. 41 ff., S. 401 ff.

Digitized by Google

Ein über die Rechtsschutzinteressen der Parteien hinausgehendes, mit diesen vielleicht sogar im Widerspruche stehendes öffentliches Interesse verlangt die Wahrung der Einheit des Rechtes und damit der Einheitlichkeit der Rechtsprechung vieler einzelnen demselben objektiven Recht unterworfenen Gerichtshöfe. Denn je zahlreicher die Gerichtshöfe eines Staates sind, desto größer ist die Gefahr verschiedenartiger Auslegung eines und desselben Rechtssatzes durch die verschiedenen Gerichte. Ein diesem Interesse dienendes Rechtsmittel hängt lediglich von der Voraussetzung ab, daß ein gewisser Rechtssatz in dem Urtheile eines Gerichtes eine Anwendung erfahren hat, die vielleicht von einem andern Gericht nicht wird gemacht werden; es bezweckt in diesem Falle die Herbeiführung eines Ausspruches des höchsten Gerichtshofes. Da der Erklärung dieses Gerichtshofes ein durch ihren eigenen Werth bedingtes oder ein durch das Gesetz ihm ausdrücklich beigelegtes Ansehen zur Seite steht, so ist mit der Herbeiführung dieser maßgebenden Interpretation dem öffentlichen Interesse Genüge geleistet. Ein Rechtsmittel dieser Art kann deshalb nicht füglich dem Ermessen der Partei überlassen, es muß auch der das allgemeine Interesse wahrenden Staatsbehörde gewährt sein (vgl. oben § 11).

Es läßt sich nicht verkennen, daß da, wo das Prinzip der Wahrung des öffentlichen Interesses angenommen ist (Frankreich), die höchste Instanz aus einer richterlichen in eine oberaufsehende Behörde mit gewissermaßen rechtschaffender Funktion verwandelt wird, andrerseits schadet nichts so sehr der Sicherheit der Rechtsanwendung, als wenn man eine gewissermaßen vielköpfige höchste Instanz duldet. Aber beiden Rücksichten trägt man hinlänglich Rechnung, wenn man für ein großes einheitliches Rechtsgebiet einen einzigen höchsten Gerichtshof einsetzt und diesem die Stellung einer richterlichen Behörde voll beläßt, ihn also nur im privaten Rechtsschutzinteresse der Parteien in Thätigkeit setzt. Dieser Gerichtshof darf aber nicht mit zu vielen und mit zu unwichtigen Rechtsfragen beschäftigt, es müssen deshalb für das Rechtsmittel, mit dem man an ihn herantritt, einengende Voraussetzungen aufgestellt werden. Hier greift wieder das allgemeine Interesse ein. Gewährte man unbeschränkt jedem, auch dem unwichtigsten Prozesse die Möglichkeit, alle Instanzen zu durchlaufen, so müßte der höchste Gerichtshof eines großen Staates mit einer so großen Zahl von Mitgliedern besetzt

Digitized by Google

werden, daß weder auf die Auswahl der an dieses Gericht zu berufenden Personen die nöthige Sorgfalt verwendet werden könnte, noch daß man das Interesse einheitlicher Rechtsprechung befriedigte. Denn die nothwendige Eintheilung dieses großen Kollegiums in einzelne Abtheilungen würde der Bildung mehrerer selbständigen Gerichte gleichstehen, die bei Meinungsverschiedenheit unter ihnen erst wieder zu einem einzigen Gerichtshof zusammentreten müssen.

§ 122. Die Gewährung von Rechtsmitteln, wiewohl durch die vom Staate übernommene Rechtsschutzpflicht geboten, unterliegt doch nothwendigen Beschränkungen.

Auf der einen Seite würde die oben betonte schuldige Rücksichtnahme gegen die aus entschuldbarer Verkennung der wahren Lage des Falles entsprungene Zweckwidrigkeit der Prozeßführung in eine unbillige Bevorzugung der Saumseligkeit umschlagen, wenn man hintereinander mehrere vollständige Rechtsmittel zuließe. Auf der andern Seite würde man das Bewußtsein der Verantwortlichkeit in den Richtern der unteren Instanzen in dem Maße vermindern, in welchem man die Möglichkeit der Ausgleichung mangelhafter Prozeßbehandlung durch höhere Instanzen vermehrte. Es darf ferner nicht außer Acht gelassen werden, daß die Zulassung immer eines Rechtsmittels nach dem andern das Ansehen der Richterthätigkeit erschüttern und dem allerdings nothwendigen Uebel einer zeitweise obwaltenden Rechtsungewißheit eine ungebührlich lange Dauer geben muß. Die Endlosigkeit der nach dem gemeinen Civilprozesse verhandelten Prozesse, die das Ansehen der Gerichte und das allgemeine Rechtsbewußtsein auf das empfindlichste schädigte, hatte ihren Grund hauptsächlich in der Gewährung zu zahlreicher Rechtsmittel.

§ 123. Die vorangegangene Darstellung hat sich wiederholt des Ausdruckes Instanz bedient[157]). Das Wort instantia bezeichnet nach seiner ursprünglichen Bedeutung zwar nur so viel als Antrag oder Bitte, es bedeutet aber in dem gewöhnlich mit ihm verbundenen Sinne auch diejenige Reihe von Prozeßhandlungen, die durch einen und denselben Antrag der Partei veranlaßt werden. Da nun alle vor und von einem Gerichte vorgenommenen Prozeßhandlungen auf den Klageantrag oder auf den Rechtsmittelantrag als ihre

[157]) v. Savigny, System VI, S. 290. Wetzell § 54.

Digitized by Google

gemeinsame Ursache zurückgeführt werden, so pflegt man das Wort Instanz regelmäßig auf diejenigen Prozeßakte zu beschränken, die vor und von einem bestimmten Gerichte vorgenommen werden im Gegensatze zu den Handlungen, die vor einem andern oder durch ein anderes Gericht, aber in demselben Prozesse erfolgen. Die Thätigkeit verschiedener Gerichte in demselben Prozesse wird der Regel nach durch Rechtsmittel veranlaßt, daher verbindet man mit dem Ausdrucke Instanzen auch die möglichen Stufen, die die Verhandlung desselben Rechtsstreits durchläuft. Man spricht deshalb von unterer, mittlerer, höherer, höchster Instanz. Aber unzutreffend ist es, wenn zuweilen nur diejenigen Gerichte, die mit der Herstellung der thatsächlichen Urtheilsgrundlage befaßt sind, im Gegensatze zu dem auf die Nachprüfung der Rechtsfrage befaßten Gerichte als „Instanzgerichte" bezeichnet werden.

II. Die Form der gerichtlichen Handlungen.

§ 124. Die Art des vom Richter zum Zwecke des Gedankenausdrucks gewählten Mittels entspricht naturgemäß der Form, unter welcher der Gedanke der Partei zur Kenntniß des Richters gelangt. Der unmittelbare Verkehr, den das mündliche Verfahren zwischen Parteien und Richter herbeiführt, besteht eben gerade darin, daß wie die Partei zu ihren, so auch der Richter zu seinen Erklärungen sich des natürlichsten Mittels der Gedankenäußerung bedient d. i. des an die Partei unmittelbar gerichteten gesprochenen Wortes. Bei streng durchgeführter Schriftlichkeit des Verfahrens bekommen sich Parteien und Richter nie zu sehen; es wäre nicht folgerichtig und gewiß befremdend, wenn für ein solches Verfahren die mündliche Mittheilung richterlicher Erklärungen geboten würde.

Aber auch hier läßt sich der einmal angenommene Grundsatz nicht bis zu den äußersten Folgen durchführen. Die Rücksichten, die dazu nöthigen, dem mündlichen Verfahren einzelne Vorzüge des schriftlichen zuzuführen, d. h. gewissen Erklärungen durch schriftliche Aufzeichnung eine gewisse Dauer zu sichern, diese Rücksichten wirken gegenüber den richterlichen Erklärungen in dem Maße zwingender, in welchem die Bedeutung der niedergeschriebenen richterlichen Erklärung als einer Urkunde höher steht, als die auf einen in näherer Zukunft liegenden Zweck gerichtete Erklärung der Partei.

Digitized by Google

Die meisten prozeßleitenden Anordnungen und ein großer Theil der etwa erlassenen Vorentscheidungen geben dem Gange des Verfahrens Grenze und Richtung, deren Innehaltung geboten ist, wenn man nicht die auf den bisherigen Lauf des Verfahrens verwendete Mühe preisgegeben haben will. An diesen für Parteien und Richter gleich maßgebenden Erklärungen interessirt aber regelmäßig der Wortlaut. Darum bedarf es für die an demselben Verfahren fernerhin betheiligten Prozeßsubjekte der urkundlichen, allen Zweifel abschneidenden Feststellung dieser Erklärungen. Eine weiterreichende, nicht an den gegenwärtigen Prozeß gebundene Bedeutung kommt dem Endurtheil zu. Es soll für das künftige Verhalten der Parteien wie ihrer Rechtsnachfolger die maßgebende Norm bilden, es soll auch einen etwa später angerufenen Richter darüber belehren, was Gegenstand der Aburtheilung in dem früheren Prozesse gewesen ist. Deshalb tritt vorzugsweise für das Urtheil neben das Gebot der Mittheilung (Eröffnung, Bekanntmachung) das Gebot der Beurkundung. Aber man darf die Nothwendigkeit der urkundlichen Feststellung nicht so weit überschätzen, daß man sie gleichberechtigt neben die richterlichen Funktionen der Prozeßleitung und Prozeßentscheidung stellen dürfte.

Für die Art und Weise der Beurkundung ist der Zweck der herzustellenden Urkunde, des ein für allemal abzulegenden „Gerichtszeugnisses," maßgebend. Und zwar kann nicht der nächste Zweck, die Aufgabe, die die Urkunde vielleicht noch in dem anhängigen Prozesse erfüllen soll, entscheidend sein. Da das richterliche Urtheil die gesetzesgleiche Norm abgeben soll für das spätere Verhalten der Parteien, muß dasselbe jeder Mißdeutung durch die Parteien, an deren guten Willen erfahrungsgemäß nicht allzu hochgehende Erwartungen gestellt werden dürfen, entzogen sein. Es soll hiermit nicht die selbstverständliche Forderung der Klarheit und Vollständigkeit gestellt werden. Vielmehr folgt aus dem Zwecke des Endurtheils, daß es darüber keinen Zweifel lasse, für welches bestimmte Lebensverhältniß es die abstrakte Rechtsregel in einen konkreten Rechtsbefehl umwandeln wollte. So würde es sicherlich nicht genügen, wenn das Urtheil sich auf die Erklärung beschränkte: „Der Beklagte soll an den Kläger 300 Mark zahlen." Nur für den nächsten Zweck des Urtheils, einen vollstreckbaren Titel zu bilden, würde diese Fassung ausreichen. Da die Parteien aber vielleicht in verschiedenen Rechts-

Digitized by Google

verhältnissen zu einander gestanden haben, von denen schon eines verschiedene Ansprüche auf den gleichen Gegenstand erzeugt haben konnte, so kann dem Gebote der Beurkundung nicht anders als durch Individualisirung desjenigen Anspruches Genüge gethan werden, der durch das Urtheil zum unanfechtbaren Rechtsgebot erhoben worden ist. Man bezeichnet diesen Anspruch am sichersten, indem man in berichtender Darstellung die Thatsachen, die zu seiner Begründung angeführt, und den Antrag, der der Rechtsbehauptung der Partei zum Ausdruck diente, dem entscheidenden Ausspruche des Richters beifügt. Ob diese Darstellung von den Parteien selbst (französisches System) oder, was das richtigere und naturgemäßere ist, von demjenigen Richter gegeben wird, der das Urtheil gefällt (deutsches System), ist gleichgültig. Es darf nun zwar nicht verkannt werden, daß diese Darstellung, die sich mit gutem Grunde nicht auf die Individualisirung des abgeurtheilten Anspruches beschränkt, sondern den gesammten Prozeßstoff umfaßt, den Werth eines wirklichen, durch die Richterpflicht getragenen urkundlichen Zeugnisses genießen muß. Aber zum Formalismus führt dieser an sich folgerichtige Gedanke, wenn man das Zeugniß zu einem unwiderleglichen macht[158]).

2. Die wechselseitige Wirkung von Parteien- und Richterthätigkeit.

§ 125. Die mit dem vorigen § geschlossene Erörterung der Parteihandlungen auf der einen und der richterlichen Handlungen auf der andern Seite hat sich bemüht, diese Handlungen, soweit dies ihre wechselseitige Bedingtheit überhaupt gestattete, für sich gesondert zu besprechen. Gegenstand der jetzt anhebenden Darstellung sollen das Maß und die Art des Einflusses sein, den beide auf einander ausüben.

a. Die Handlungen der Parteien.

§ 126. Es ist an verschiedenen Stellen (insbesondere § 27) darauf hingewiesen worden, daß in jedem Civilprozeß

[158]) Hierauf kommt die Bestimmung der deutschen C.-P.-O. (§ 291) hinaus. Die Thatsache allein, daß die Berichtigung des Thatbestandes nicht in einer viel zu kurzen Zeit nachgesucht ist, macht ihn zu einem unwiderleglichen Beweismittel für den Inhalt des Prozeßstoffes!

Digitized by Google

zwei verschiedenartige Rechtsverhältnisse in Frage kommen. Es ist dies einmal das den Gegenstand der richterlichen Entscheidung bildende Privatrechtsverhältniß und zweitens das durch den Prozeß begründete, dem öffentlichen Rechte angehörige Prozeßrechtsverhältniß. Schon an der Erhebung der Klage zeigt sich die diesem Gegensatze entsprechende Doppelnatur einer jeden Parteihandlung: sie ist Ausübung des klägerischen Privatrechtes und Vornahme des wichtigsten prozessualischen Rechtsgeschäftes. Gleich ihr aber enthält jede weitere Thätigkeit der Partei eine ihre Privatrechte beeinflussende und daher privatrechtliche Verfügung, zugleich aber eine auf das Fortschreiten und die Auflösung des Prozeßrechtsverhältnisses wirkende und daher prozeßrechtliche Disposition. Diese ihre Eigenschaft ist es, welche die Ursache des Einflusses bildet, den die Parteienhandlung auf das Verhalten des Richters ausübt.

I. Die Parteihandlung eine privatrechtliche Verfügung.

§ 127. Wenn die Parteien in das Prozeßrechtsverhältniß eintreten, so erklären sie damit keineswegs, daß sie auf ihre privatrechtliche Dispositionsbefugniß verzichten und die Norm ihres künftigen Verhaltens ausschließlich aus der Hand des urtheilenden Richters empfangen wollen. Auch da, wo sich an die Thatsache der Prozeßgründung eine Umwandlung des klägerischen Anspruches knüpft[159]), bleibt der Kläger doch Herr des gewandelten Rechtes. Es folgt hieraus, daß die Parteien auch während des Prozesses berechtigt bleiben, durch rechtsgeschäftliche Willenserklärung das zum Gegenstande des Prozesses gemachte Rechtsverhältniß in jeder beliebigen Weise umzugestalten und zu beseitigen. Rechtsgeschäfte äußern einen Einfluß auf den im Gange befindlichen Prozeß dadurch, daß sie diesem den Gegenstand und damit seinen ökonomischen Inhalt nehmen. Da es nun gerade Zweck des Prozesses ist, die Klarstellung eines Rechtsverhältnisses zu bewirken, das die Parteien in gleich wirksamer Weise durch Rechtsgeschäft feststellen könnten, so muß es ihnen unbenommen sein, die ihnen durch das Prozeßrecht und im Prozesse gewährte Gelegenheit sich über die geltend gemachten Rechte zu erklären, auch zu rechtsgeschäftlichen Willensäußerungen über

[159]) Klagenkonsumtion mit der Litiskontestation im römischen Civilprozeß.

Digitized by Google

diese Rechte zu benutzen. Die Wirkung dieser im Prozesse geschlossenen Rechtsgeschäfte muß denn auch derjenigen gleich sein, die ein außerhalb des Prozesses erklärtes Geschäft nach sich ziehen würde: es beseitigt den Zustand thatsächlicher oder vermeintlicher Rechtsungewißheit und bringt über die privatrechtliche Beziehung der Parteien Gewißheit. Diese Wirkung ist die unmittelbare, die Lösung des gegenstandslos gewordenen Prozeßverhältnisses ist die mittelbare Wirkung der Parteiverfügung.

Eine Ausnahme von den hier entwickelten Grundsätzen bewirkt nicht das in manchen Prozeßgesetzen vorkommende Verbot der Veräußerung des Streitgegenstandes. Denn durch ein Rechtsgeschäft dieser Art soll nur die zwischen diesen Parteien bestehende persönliche Beziehung gelöst, nicht das Rechtsverhältniß selbst zur Klarheit gebracht werden.

Aber auch die Akte des Gebrauchs oder Nichtgebrauchs der prozessualen Angriffs- und Vertheidigungsmittel enthalten Dispositionen über die privatrechtlichen Befugnisse der Parteien. Denn diese Mittel *dienen* dem Prozeßzwecke der Klarstellung privatrechtlicher Beziehungen, ihr Gebrauch oder Nichtgebrauch *bewirkt* den Inhalt der Feststellung, aber diese Feststellung selbst ist hier nicht die *unmittelbare* Folge der Parteienthätigkeit; nur durch das *Mittel* des Prozesses und also des Urtheils erreicht die Partei den Erfolg, den ein Privatrechtsgeschäft unmittelbar herbeigeführt haben würde[160]).

Wer z. B. auf Zahlung einer Geldsumme verklagt, indessen der Meinung ist, daß er seine Schuld durch Abrechnung gegenseitiger Forderungen und Schulden getilgt habe, daß ihm überdies auch seinerseits eine Forderung gegen den Kläger zustehe, der würde thatsächlich oder nach seiner Meinung das Recht des Klägers *begründen*, wenn er das bedingungslose Anerkenntniß des Bestehens der klägerischen Forderung abgäbe. Macht er von den ihm zustehenden Vertheidigungsmitteln Gebrauch, so thut er was in seinen Kräften steht, ein sein Vermögen mit einer Schuld belastendes Urtheil zu verhindern. Unterläßt er den Tilgungseinwand, so bewirkt er, daß das Urtheil über die Thatsache der Aufhebung des klägerischen Rechts hinweggeht und vielleicht eine Schuld feststellt, obwohl eine solche nicht mehr vorhanden war.

---

[160]) *Heinze* in Goltdammer's Archiv für Strafrecht Bd. 24, S. 266. *Schultze*, deutsches Konkursrecht S. 139, Nr. 2.

Digitized by Google

Erhebt er den Einwand der Kompensation, so verfügt er über die ihm zustehende Forderung als Zahlungsmittel. Schiebt er dem Kläger über die Thatsache der erfolgten Abrechnung den Eid zu, so unterwirft er sich bedingungsweise dem Nachtheil, daß sein Tilgungseinwand widerlegt und also seine Zahlungspflicht zum unanfechtbaren Rechtsgebot erhoben werde.

In allen diesen Fällen ist es der *Wille* der handelnden Partei, der ihr Verhalten zur Verfügung d. h. zu einem Akt des Gebrauches der Verfügungs*freiheit* macht. Auf den psychologischen Vorgang der Willens*bildung* kommt es, wie schon früher bemerkt wurde (§ 20), nicht an. In jedem Falle muß die einmal abgegebene Erklärung der Partei als die Aeußerung ihres auf einen gewissen Erfolg gerichteten Willens im Prozesse verwerthet werden, und es kann sich nur fragen, ob die fehlerhafte Willensbildung die Befugniß gewährt, die im Prozesse gethätigte Willensäußerung unter gleichen Voraussetzungen wie eine außerhalb des Prozesses abgegebene Willenserklärung als *unwirksam* anzufechten oder als *nichtig* zu widerrufen.

Diese Verfügungsfreiheit der Parteien ist es, die vom Prozeßrecht als einer bloßen Schutzanstalt der Privatrechtsordnung geachtet, dem Richter die Bedingungen und die Grenzen seiner Thätigkeit vorzeichnet. Sie begründet seine Pflicht, die Handlungen und Unterlassungen der Parteien als die Bethätigung ihrer Willensfreiheit hinzunehmen: wenn er also durch prozeßleitende Anordnungen den Parteien überhaupt die Möglichkeit gerichtlicher Erörterung des Prozeßstoffes gewährt und für die Herstellung einer geeigneten Urtheilsgrundlage Sorge trägt, wenn er die einzelnen von der Partei gebrauchten Angriffs- und Vertheidigungsmittel seiner Beurtheilung unterzieht, alsdann den begehrten Ausspruch thut und den Parteien die Macht des Staates leiht zur Vollziehung dieses Spruches, so thut er nur, was er kraft der Verfügungsfreiheit der Parteien thun muß. Aber das von ihm vertretene öffentliche Interesse bewahrt ihn davor, daß er zu einem willenlosen Werkzeug der *Parteiwillkür* herabsinke: gerade die Achtung vor der Verfügungsfreiheit *beider* Parteien mit ihren einander widerstreitenden Interessen nöthigt ihn zur ununterbrochenen Wahrung des Prozeßzweckes d. h. der gerechten, nämlich objektiv richtigen Feststellung der Parteienrechte. Wie er auf der einen Seite verpflichtet ist, dem

Digitized by Google

Willen der Parteien entsprechend thätig zu werden, soweit dieser Wille auf die Erreichung des Prozeßzweckes gerichtet ist, so berechtigt ist er auf der andern, seine Mitwirkung da zu versagen, wo sein Handeln zur Vereitelung dieses Zweckes mißbraucht werden soll. Es folgt hieraus sein Recht, Angriffs- und Vertheidigungsmittel ebenso wie die zu ihrer Begründung behaupteten Thatsachen und vorgeführten Beweise trotz des ausdrücklich erklärten Willens der Partei dann unbeachtet zu lassen, wenn diese Erklärungen für den Zweck des gerade anhängigen Prozesses ohne Belang sind.

§ 128. Das Civilprozeßrecht muß aus dem angegebenen Grunde von der sog. Dispositionsmaxime ausgehen[161]). Dieselbe besteht darin, daß einerseits es ein Recht der Partei ist, über das im Streite befangene Rechtsverhältniß durch rechtsgeschäftliche Willenserklärungen (unmittelbar) wie durch Vornahme oder Unterlassung von prozessualischen Parteihandlungen (mittelbar) zu verfügen, andererseits aber der Richter die Pflicht hat, unter Wahrung des Prozeßzweckes diese Verfügungen als ihn bindende Willensäußerungen zu achten.

Den Gegensatz zu ihr bildet die sog. Inquisitionsmaxime. Diese geht davon aus, daß die Parteien einem über ihnen stehenden Rechtsgute unterworfen, daß ihre Erklärungen demnach nur Mittel seien zur Erreichung dieses Gutes, daß man dasselbe aber nicht errreichen würde, wenn man den Parteien ihre Verfügungsfreiheit und damit die Möglichkeit, ihre eigenen Zwecke selbstthätig zu verfolgen, beließe. Sie macht deshalb die Parteien aus Subjekten von Privatrechten zu Objekten allgemeiner Rechtsinteressen und besteht darin, daß die Partei das Recht freien Gebrauches ihrer Verfügungsgewalt zu Gunsten einer Steigerung der Richtergewalt verliert, daß also einerseits die Erklärungen der Parteien nicht als maßgebende Willensäußerungen, sondern als unmaßgebliche Vorschläge betrachtet werden, und daß daher andrerseits der Richter an diese Erklärungen nicht gebunden, vielmehr berechtigt ist, nach eigenem Ermessen zu thun, was von den Parteien nicht gewollt ist.

---

[161]) Gönner, Handbuch I, S. 8. Wetzell §§ 13. 43. Renaud § 78. Zink a. a. O., S. 345 ff. Heidenfeld, die Dispositionsbefugniß der Parteien, 1868., und zahlreiche Andere.

Digitized by Google

Die Untersuchungsmaxime ist geradezu logische Nothwendigkeit für den Strafprozeß und für alle verwaltende Thätigkeit, daher auch für den Verwaltungsprozeß[162]); sie ist unentbehrlich aber auch da, wo sich die Verhandlung und Entscheidung über Rechtsgüter, an denen neben dem privaten ein gleichberechtigtes öffentliches Interesse besteht, nur der Formen des Civilprozesses bedient[163]); aber schon hier erheischt das Privatinteresse erhebliche Konzessionen an die Dispositionsmaxime, und gänzlich ungeeignet ist die Untersuchungsmethode für das Gebiet, in dem das Privatinteresse ausschließlich herrscht. Abgesehen davon, daß sie sich in einen begrifflichen Widerspruch zu dem Wesen des Civilprozesses stellt, muß die Preisgabe der eigensten Interessen der Partei an einen hier übereifrigen, dort lässigen Richter, der auch bei redlichstem Bemühen nicht in der Lage ist, fremde Bedürfnisse mit dem richtigen Verständniß wahrzunehmen, unerträglich wirken und alle Nachtheile des Bevormundungssystems im Gefolge haben. Der wohlgemeinte Versuch, den man mit der Einführung der Inquisitionsmaxime im Jahre 1793 in Preußen gemacht hat, mußte denn auch schon nach vierzig Jahren wieder aufgegeben werden.

§ 129. Einen Widerspruch gegen die Dispositionsmaxime und eine Billigung des von der Untersuchungsmaxime in Ausführung gebrachten Gedankens enthält die Zulassung eines vom Richter gegen die Parteien zu übenden und diese zur Vornahme von Prozeßhandlungen nöthigenden *Zwanges*. Denn in der Dispositionsmaxime liegt die Anerkennung der den Parteien zustehenden Verfügungs*freiheit*, die sich zum Nichthandeln ebenso selbst bestimmen kann wie zum Handeln. Wer die Nothwendigkeit des Zwanges behauptet, legt der Partei eine Pflicht zum Handeln auf; er leugnet damit die Freiheit der Selbstbestimmung und unterwirft den Willen des *Einzelnen* den von der Rechtsordnung d. h. vom *Staate* verfolgten Zielen. Ist nun die Dispositionsmaxime in ihrer Anerkennung der auch während des Prozesses fortbestehenden privatrechtlichen Verfügungsfreiheit der Parteien begriffliche

[162]) S. darüber oben §§ 21. 22.

[163]) Z. B. in Ehesachen, Entmündigungssachen. An dem Bestehen gültiger, an der Auflösung verbotener Ehen, an der Aufrechthaltung oder Aufhebung der Handlungsfähigkeit Einzelner waltet ein allgemeines Interesse ob.

Digitized by Google

Nothwendigkeit des Civilprozesses, so können auch die einzelnen Parteihandlungen nur die Eigenschaft der Rechtsausübung haben[164]). Es folgt hieraus, daß auch die Unterlassungen der Parteien als Dispositionen betrachtet und dieser ihrer Eigenschaft entsprechend gewürdigt werden müssen.

Allein diese Auffassung hat nicht überall und zu allen Zeiten geherrscht. Man hat davon gesprochen und hört auch heute noch die Ansicht vertreten[165]), daß es wie eine Reihe von Pflichten zur Vornahme einzelner Handlungen, so insbesondere eine Verpflichtung gebe, die den Verklagten zu positiver Mitwirkung an der Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses d. h. zur Einlassung auf die Klage nöthige[166]). Diese Auffassung muß die Nichtbeachtung der Pflicht als Ungehorsam (contumacia) behandeln und deshalb unter Strafe stellen. Als Ungehorsamsstrafe bezeichnet man dann neben etwa positiven, durch den Richter verhängten Rechtsnachtheilen (Erklärung in die Acht, missio in bona) den Ausschluß der Partei mit derjenigen Prozeßhandlung, die sie hätte vornehmen sollen, oder die Fiktion des Geständnisses einer vom Gegner behaupteten Thatsache.

Die entgegengesetzte und auch hier vertretene Auffassung erblickt in der Unterlassung nichts weiter als die Nichtausübung des Rechts zum Handeln, in jenem besonders wichtigen Falle der unterlassenen Erklärung des Beklagten auf die Klage also den Willen, sich nicht zu vertheidigen. Auch diese Auffassung muß als allgemeine Folge der Unterlassung den Ausschluß (die Präklusion) der Partei mit der ihr möglichen, ja vielleicht von ihr geforderten Handlung bezeichnen. Aber der Grund des Ausschlusses liegt nicht in der Ausübung der richterlichen Strafgewalt, sondern in dem auf das Nichthandeln gerichteten Willen der Partei. Dem Grundsatze von der Nothwendigkeit beiderseitigen Gehörs entsprechend wird einer jeden Partei die Möglichkeit gewährt, sich auf die An-

[164]) S. oben §§ 25. 48. Mit besonderer Schärfe hervorgehoben in dem Aufsatze von Bülow: Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten Arch. f. civ. Praxis Bd. 62, S. 1 ff., der die herrschende Meinung für sich hat und nicht widerlegt werden konnte.

[165]) Hervorgehoben sei Birkmeyer im Archiv f. civ. Pr. Bd. 66, S. 24. 25. Derselbe, Grundriß S. 113 ff., insbesondere S. 119. 120.

[166]) In eigener Weise begründet eine solche Pflicht Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm. 1877. Eine einfachere Erklärung dürfte darin liegen, daß der Zwang eine Konzession an den Gedanken der Untersuchungsmaxime enthalte.

Digitized by Google

führungen der Gegenpartei zu erklären. Darum liegt in dem Schweigen weder ein Widerspruch noch ein Geständniß; wer das eine oder das andere in diesem Schweigen finden wollte, müßte zu einer in vielen Fällen zutreffenden, in vielen aber unrichtigen Vermuthung greifen: wer auf die Behauptungen seines Gegners schweigt, *unterläßt lediglich den Widerspruch*. Da nun grundsätzlich die eine Partei so viel Glauben verdient als die andere, so kann die von dem einen Theile aufgestellte Behauptung entkräftet werden nur durch die ihr von dem andern Theile entgegengesetzte Verneinung. Es folgt hieraus, daß der Richter die unwidersprochene Behauptung als wahr behandeln muß, falls ihn nicht besondere Gründe (z. B. innere Unglaubwürdigkeit) nöthigen, ihr dennoch zu mißtrauen; die behauptete Thatsache, von der es vorher ungewiß war, ob sie nicht den Widerspruch der andern Partei erfahren werde, tritt also bei unterlassenem Widerspruch in die Reihe derjenigen ein, welche der Richter als feststehende Urtheilsgrundlage verwerthet, aber der Grund hiervon liegt nicht darin, daß der Richter zur Strafe für das ungehorsame Schweigen der Partei deren *Geständniß annimmt*, sondern darin, daß die Partei kraft ihrer Verfügungsfreiheit die jenseits behauptete Thatsache zu verneinen unterlassen hat. Diese Auffassung kann also das Schweigen nicht als Ungehorsam bezeichnen, und selbst der Ausdruck *Versäumniß* giebt wegen der Vorstellung von dem doch keineswegs häufigen Mangel an Aufmerksamkeit den jener Auffassung entsprechenden Gedanken nur unvollkommen wieder. Ein Bedürfniß nach einem anderen Worte als Unterlassung, Schweigen, Nichthandeln ist nicht vorhanden.

Es dürfte am Platze sein, hier auf den Gegensatz von *vollständiger Unterlassung* und *mangelhaftem Handeln* aufmerksam zu machen. Wer eine Prozeßhandlung vornimmt, der bekundet immer den Willen, von seiner Verfügungsfreiheit in der Richtung positiven Wirkens Gebrauch zu machen, ein Willensentschluß, der demnach gerade das Gegentheil dessen erreichen will, das der Wille, nicht zu handeln, erstrebt. Erfüllt die Prozeßhandlung die Voraussetzungen nicht, die das Gesetz an sie knüpft, so bleibt sie *wirkungslos*, aber nicht weil sie ihrer Mangelhaftigkeit wegen ein Nichthandeln wäre, sondern weil das Gesetz den Richter angewiesen hat, sich nur durch solche Parteiverfügungen verpflichten zu lassen, die den Vorschriften des Gesetzes ent-

Digitized by Google

sprechen. Wer z. B. seinen Klageantrag durch Thatsachen begründet, die den Schluß auf die im Antrage zum Ausdruck gelangte Rechtsbehauptung nicht rechtfertigen, der handelt zwar, denn er bekundet deutlich seinen Willen, daß sein Urtheilsvorschlag zum Urtheil selbst erhoben werde, aber er dürfte schwerlich den Erfolg haben, den Richter zur Rücksichtnahme auf diese Klage zu nöthigen. Wichtig wird der Gegensatz namentlich bei unvollständiger Vertheidigung. Wer nicht widerspricht, entkräftet nicht, was sein Gegner behauptet. Aber *unwidersprochen* bleibt nur, was der Gegner des Behauptenden nicht hat bestreiten *wollen*. Ist dieser Wille unzweifelhaft, so ist demnach auch der Widerspruch gegeben; es kann sich also nur fragen, ob die Erklärung nicht etwa so mangelhaft war, daß sie über das Dasein oder Nicht-Dasein jenes Willens Zweifel ließ.

In der bisherigen Darstellung wurde die *allgemeine* Folge der Unterlassung erörtert. Der wichtigste Fall derselben, nämlich der Fall unterbliebener Erklärung des Beklagten auf die Klage, zieht regelmäßig noch *besondere* Folgen nach sich.

Es muß nämlich dem Umstande Rechnung getragen werden, daß die Klage die wichtigste Handlung des Prozesses ist. Da sie den privatrechtlichen Anspruch geltend macht, der den Gegenstand aller durch sie veranlaßten Erörterungen und dann den Gegenstand des durch sie veranlaßten Urtheils bildet, so kommt für den Umfang dieser Erörterungen und für den Inhalt, ja zuweilen für die Nothwendigkeit des Urtheils überhaupt[166a]) alles darauf an, wie sich der Beklagte gegenüber der Klage verhält. Unterläßt er jegliche Erklärung, so muß die allgemeine Folge des Nichthandelns eine Beschränkung des Prozeßstoffes auf die vom Kläger aufgestellten Behauptungen bewirken. Aber damit ist die Wichtigkeit der Klage und der unterbliebenen Einlassung nicht ausreichend gewürdigt. Man *kann* vielmehr, wie die Geschichte des Prozeßrechtes beweist, die Frage aufstellen, ob nicht die Unthätigkeit des Beklagten das Zustandekommen des Prozeßrechtsverhältnisses verhindert, und man *muß* die Frage aufwerfen, ob nicht das Schweigen des Beklagten ein völliges Aufgeben der Vertheidigung bedeute, ob es also nicht billig

[166a]) Im römischen Civilprozeß z. B. machte confessio in jure das Urtheil unnöthig.

Digitized by Google

sei, dem Kläger sofort denjenigen prozessualischen Vortheil einzuräumen, den er andernfalls erst nach Erkämpfung eines Urtheils und nach Eintritt der Rechtskraft desselben erreichen würde.

Allein einer thätigen Mitwirkung des Beklagten zur Begründung des Prozeßverhältnisses bedarf es nicht (s. oben § 48); es ist also im Interesse der Erreichung dieses Zweckes nicht nöthig, die Einlassung d. h. die Erklärung des Beklagten über den durch die Klage verfolgten Privatrechtsanspruch, zu fordern oder zu fingiren. Denn zu einer Fiktion muß greifen, wer die Begründung des Prozeßverhältnisses von einer aktiven Mitwirkung des Beklagten abhängig macht, da es doch möglich ist, daß alle etwa angedrohten Zwangsmittel auf den Beklagten keinen Eindruck machen. An die Fiktion, welche die in Wahrheit unterlassene Einlassung als geschehen annimmt, muß sich eine Rechtsvermuthung knüpfen über den Inhalt der fingirten Einlassung, und sicherlich ist es richtiger, bejahende d. h. eine die Klagethatsachen zugestehende, als eine verneinende d. h. die Klagethatsachen bestreitende Einlassung zu vermuthen, da die erstere erfahrungsgemäß in den meisten Fällen der Wahrheit entspricht.

Aber auch bei Beantwortung der zweiten oben aufgestellten Frage muß man sich dem Wagniß einer Vermuthung unterziehen, einer Vermuthung darüber nämlich, ob denn der Beklagte mit seinem Schweigen in der That alle Vertheidigung aufgeben wollte oder ob er durch äußere Umstände an seiner Vertheidigung gehindert war. Die Prozeßsysteme gehen in der Regelung der sog. Kontumazialfolgen[165b]) denn auch weit auseinander. Ein System, das zu Gunsten des Beklagten annimmt, er habe die Vertheidigung nicht aufgegeben, wird folgerecht dazu gedrängt, die unterlassene Vertheidigung soweit möglich zu ergänzen d. h. dem Richter vorzuschreiben, er solle die Klage so behandeln, als habe der Beklagte sich verneinend eingelassen (gemeines Recht). Dieser weitgehenden Rücksichtnahme auf den Beklagten auf der einen Seite entspricht auf der andern Seite das Gebot, ein späteres Gesuch des Beklagten um Aufhebung der Versäumnißfolgen (restitutio in integrum) nur bei dem Vorhandensein besonders gewichtiger Entschuldigungsgründe zuzu-

[165b]) Oder „Versäumnißfolgen."

Digitized by Google

lassen. Ein System, das geneigt ist, in dem Schweigen des Beklagten einen Verzicht auf seine Vertheidigung zu erblicken, gewährt ihm wohl die Möglichkeit, das versäumte nachzuholen, zieht aber unerbittlich den Schluß aus jener Vermuthung, wenn die Gelegenheit unbenutzt gelassen wird (mittelalterlich-deutsches Recht. Sachsenssp. III, S. 39 § 3), oder es zieht diesen Schluß sofort, läßt also auf der einen Seite jenen prozeßrechtlichen Vortheil für den Kläger sofort eintreten, gewährt auf der andern Seite aber dem Beklagten die Befugniß, die Vermuthung des Verzichts ohne Angabe von Entschuldigungsgründen durch eine einfache Erklärung zu entkräften (französisches Recht). Am wenigsten ist man auf Vermuthungen angewiesen, wenn man einfach die allgemeine Folge des Nichthandelns auch hier verwerthet und dabei der Möglichkeit, daß der Beklagte durch äußere Hindernisse zurückgehalten worden sein kann, Rechnung trägt. Man verfährt dann zugleich logisch und gerecht. Der Richter hat also die unwidersprochen gebliebenen Klagethatsachen darauf hin zu prüfen, ob sie den Anspruch des Klägers rechtfertigen. Bejahendenfalls verurtheilt er den Beklagten nach dem Klageantrage. Dieses Urtheil muß anfechtbar sein, aber man muß die Anfechtung entweder von nur einigermaßen annehmbaren Entschuldigungsgründen abhängig machen oder ihr eine kurze Frist setzen. Das letztere thut die deutsche C.-P.-O., aber sie knüpft die Anfechtung des Versäumnißurtheils außerdem noch an eine im Anwaltsprozeß unnöthige, im sog. Parteienprozeß schädlich wirkende Form.

§ 130. Die Partei kann durch ihre von der Dispositionsmaxime als wirksam anerkannten Willenserklärungen entweder eigene Rechte ausüben oder Rechte des Gegners begründen.

1. Seine privatrechtliche Befugniß übt aus, wer vom Verpflichteten ein dem Rechte entsprechendes Verhalten verlangt. Ob er sich hierzu der privaten Aufforderung oder Widerspruchserklärung oder der Mittel des Prozeßrechts bedient, ist für die privatrechtliche Bedeutung seiner Willenskundgebung ohne Belang. Wer z. B. an seinen Schuldner die Aufforderung richtet, die fälligen Zinsen zu bezahlen, thut damit dasselbe, was er mit Erhebung der Klage auf Zahlung der Zinsen thut: er übt sein Privatrecht aus. Der Gläubiger, der die ihm

Digitized by Google

verpfändet gewesene Sache wegen Auslagen und Verwendungen zurückbehält, übt sein Recht in gleicher Weise aus, wie wenn er der actio pignoratitia directa das Zurückbehaltungsrecht als Einrede entgegensetzte. In beiden Fällen handelt es sich um unmittelbare Disposition. Mittelbar wirkt als Verfügung die Aufstellung von Thatsachen, die nur den Zweck haben, Rechtsbehauptungen zu begründen oder zu entkräften, ebenso wie Beweisführungen, die nur den Zweck haben, solche Thatsachen zu feststehenden zu erheben. Man kann selbstverständlich über Thatsachen nicht verfügen, aber indem man Thatsachen zur Geltendmachung oder zur Vertheidigung von Rechten verwerthet, verfügt man über diese Rechte. Es zeigt sich dies gerade darin, daß man die Behauptung oder Beweisung der behaupteten Thatsachen auch unterlassen und damit den Verlust von Rechten mittelbar herbeiführen kann, ein Erfolg, den man durch ausdrücklichen Verzicht auf ein geltend gemachtes Recht unmittelbar bewirkt.

2. Kraft der privatrechtlichen Verfügungsfreiheit hat ein jeder die Macht, einem andern Rechte einzuräumen und sich selbst mit den entsprechenden Pflichten zu belasten. Dieselbe unmittelbare Wirkung hat das im Prozesse abgegebene Anerkenntniß. Aber wenn in der That dieses Anerkenntniß nicht blos jenem civilrechtlichen Rechtsgeschäfte, das den Erklärenden nur verpflichtet, das als bestehend anerkannte nicht zu bestreiten und das als nicht bestehend anerkannte nicht zu behaupten[167]), sondern wenn es denjenigen Privatrechtsakten gleichgestellt werden soll, welche bisher noch nicht vorhandene Rechte begründen, so kann es keinen andern Inhalt haben, als die Unterwerfung unter einen vom Gegner behaupteten Anspruch. Denn nur eine solche Unterwerfung ist im Stande, ein Recht zu schaffen, wo ein solches nicht bestanden hat.

Hieraus folgt, daß ein Anerkenntniß von der angegebenen Wirkung nur der Beklagte gegenüber dem klägerischen Anspruche abgeben kann. Denn wenn der Beklagte einredeweise ein Recht geltend macht und der Kläger erklärt, daß dieses Recht bestehe, so kann diese Erklärung nie die Wirkung haben,

[167]) Windscheid, Pandekten II § 412a.

Digitized by Google

das etwa nur behauptete, aber in Wahrheit nicht vorhandene Recht des Beklagten zu begründen. Denn der Beklagte selbst hat gar nicht die Absicht gehabt, die richterliche Feststellung *seines* Rechtes zu erlangen, sondern die, die Feststellung des *Klageanspruches* zu verhindern. Jene Erklärung des Klägers muß also auf die Wirkung beschränkt bleiben, daß er *selbst* nun nicht mehr bestreiten kann, was er als bestehend anerkannt hat.

Ferner kann auch nicht in einer jeden vom Beklagten abgegebenen Erklärung, daß der Kläger ein gewisses Recht habe, ein rechterzeugendes Anerkenntniß erblickt werden. Denn nicht jede solche Erklärung enthält eine Unterwerfung unter den klägerischen Anspruch. Wenn z. B. auf die Vindikation des Klägers der Beklagte erklärt: „Ja, es ist richtig, daß der Kläger Eigenthümer des in meinem Besitze befindlichen Ackerlandes ist, und daß er an sich befugt ist, gegen mich den erhobenen Herausgabeanspruch geltend zu machen, aber ich habe ein Recht auf den Besitz dieses Landes, da ich dasselbe vom Erblasser des Klägers gepachtet habe, ich bin also befugt, den Anspruch des Klägers unerfüllt zu lassen," so unterwirft er sich diesem Anspruche nicht. Gesetzt den Fall, die Rechtsbehauptung des Klägers wäre eine unwahre, so würde die Erklärung des Beklagten nicht die Kraft haben, den Herausgabeanspruch des Klägers zu *schaffen*, da er trotz jenes Zugeständnisses behauptet, daß dieser Anspruch gegen ihn nicht wirke, also auch gegen ihn nicht bestehe.

Unter Anerkenntniß versteht man deshalb nichts anderes, als die Erklärung des Beklagten, daß er sich dem Klageanspruche unterwerfe.

Mittelbar bewirkt eine Rechtsbegründung das von der Partei im Prozesse abgelegte *Geständniß*. Den Begriff des Geständnisses faßt man zu eng, wenn man es als die Erklärung auffaßt, daß eine vom Gegner behauptete, für dessen Rechtsverfolgung günstige *Thatsache* wahr sei.

Es ist vielmehr davon auszugehen, daß das Geständniß als „eine den Gegenstand richterlicher Wahrheitsprüfung begrenzende Parteidisposition"[168]) insofern wirkt, als es einen von der Partei erklärten Verzicht auf den Widerspruch gegen eine von der andern Partei aufgestellte Behauptung enthält. Behauptet aber werden nicht faktische Vorgänge allein, sondern

[168]) *Demelius*, Confessio S. 36.

Digitized by Google

auch Rechtsverhältnisse, und den Gegenstand richterlicher Wahrheitsprüfung bilden nicht die Thatsachenbehauptungen allein, sondern auch die Rechtsbehauptungen. Indem nun das Gebiet richterlicher Wahrheitsprüfung beschränkt wird, bewirkt das Geständniß für die behauptende Partei eine Verminderung der Möglichkeit, daß der Richter ihre Rechtsverfolgung als unbegründet bezeichne; sie enthält also eine Erleichterung der gegnerischen und eine Erschwerung der eigenen Rechtsverfolgung.

Z. B. Der Kläger behauptet folgendes: „Im Jahre 1886 schloß ich mit dem Beklagten einen Vertrag, durch welchen zwischen uns das Rechtsverhältniß der Gesellschaft begründet wurde. Als Gewinnantheil des Beklagten für das Jahr 1887 stellte sich die Summe von 3528 Mark heraus. Derselbe entnahm jedoch der gemeinschaftlichen Kasse den Betrag von 4000 Mark. Damit sind der Gesellschaft 472 Mark entzogen. Ich bin berechtigt, die Zurückerstattung dieser Summe an die Gesellschaft zu fordern und beantrage deshalb die Verurtheilung des Beklagten zur Rückzahlung von 472 Mark nebst 6 % Zinsen seit . . . . .“ Der Beklagte erwidert: „Es ist richtig, daß ich durch den im Jahre 1886 geschlossenen Vertrag mit dem Kläger in ein Societätsverhältniß getreten bin, es ist richtig, daß ich nur 3528 Mark Gewinn zu beanspruchen hatte, doch gleich am Tage nach der Gewinnberechnung 4000 Mark aus der Kasse entnommen habe. Allein den Rest mit 472 Mark bin ich aus den (nun näher erörterten Gründen) nicht verpflichtet zurückzuzahlen.“ Hier liegt ein Geständniß nicht nur in der einräumenden Erklärung, daß der Gewinn für den Beklagten auf 3528 Mark festgestellt und die Summe von 4000 Mark an den Beklagten gelangt, sondern auch in der Erklärung, daß die Behauptung des Klägers, wonach zwischen den Parteien das Rechtsverhältniß der Gesellschaft bestehe, wahr sei. Es kann sehr wohl auf Seiten beider Parteien ein Irrthum obwalten, der entdeckt werden würde, wenn der Richter um seine Entscheidung über die Natur des durch jenen Vertrag begründeten Rechtsverhältnisses befragt und durch Mittheilung des gesammten Vertragsinhaltes in den Stand gesetzt würde, diese Entscheidung zu treffen. Sie würde

Digitized by Google

vielleicht in einer Weise ungünstig für den Kläger ausfallen, daß sich die Grundlosigkeit seines Klageanspruches schon aus der Natur jenes Rechtsverhältnisses ergäbe. Allein eine Entscheidung über dieses Verhältniß *will* der Beklagte nicht; der Verzicht auf einen Widerspruch in dieser Richtung hat nun vielleicht seine Verurtheilung nach dem Klageantrage zur Folge, also disponirt er durch diesen Verzicht mittelbar über seine Rechte. Zugleich begrenzt er durch ihn das Gebiet richterlicher Wahrheitsprüfung: er entzieht ihm die Thatsachen- und die Rechtsbehauptungen, die er als wahr ausdrücklich bezeichnet hat.

Denn nur eine *ausdrückliche* Erklärung kann es sein, die den Namen des Geständnisses verdient. Wer die Behauptung der Gegenpartei nur unwidersprochen läßt, der entzieht ihr nur eben nicht den Glauben, den sie für sich in Anspruch nehmen kann. Unterlassener Widerspruch und ausdrückliches Geständniß sind deshalb der Regel nach von gleichen Wirkungen begleitet. Hier aber gerade ist es, wo der Unterschied von Thatsachenbehauptung und Rechtsbehauptung seinen Einfluß äußert. Die erstere berichtet an den Richter faktische Vorgänge, die dieser nicht weiß, die aber Gegenstand der Kenntniß der Partei sind oder doch sein können; die letztere greift dem richterlichen Urtheile vor, sie giebt das Ergebniß einer Denkthätigkeit und einer Rechtsanwendung, d. h. einen Schluß der *Partei* wieder, den zu ziehen Sache des Richters ist. Wer also einen aus Thatsachen- und Rechtsbehauptungen der Partei zusammengesetzten Vortrag nur unwidersprochen läßt, der nimmt zwar als wahr hin, was die Partei zu *wissen* behauptet und was sie *wissen* kann, aber keineswegs erklärt er damit das *Urtheil* für wahr, das die Partei ausgesprochen und zu dessen Ausspruch nur der Richter berufen ist. Wohl aber ist die Partei kraft ihrer Verfügungsmacht befugt, diesen Verzicht, den man in dem Schweigen nur eben nicht vermuthen kann, ausdrücklich zu erklären.

Geständniß ist demnach die von einer Partei abgegebene ausdrückliche Erklärung, daß eine vom Gegner aufgestellte (Thatsachen- oder Rechts-) Behauptung wahr sei.

Eine Erklärung, die weder dem Zwecke der Rechtsausübung noch dem der Begründung von Rechten Anderer

Digitized by Google

ganz dient, ist der Vergleich. Wird ein solcher im Prozesse geschlossen, so beseitigt er den Zweifel an dem Dasein der behaupteten Rechtsbeziehungen ebenso unmittelbar, wie ein außerhalb des Prozesses geschlossener Vergleich. Ihm gleicht als mittelbarer Dispositionsakt der Schiedseid (siehe §§ 85. 86). Denn mit der Zuschiebung des Eides erklärt die behauptende Partei den Willen, die von ihr aufgestellte Behauptung zu Gunsten der gegentheiligen Behauptung aufzugeben, falls diese gegentheilige Behauptung beschworen werden sollte. Leistung wie Verweigerung des Eides bewirken demnach das, was sie wirken, lediglich auf Grund des erklärten Parteiwillens.

§ 131. Die rechtliche Natur der von den Parteien vorgenommenen Handlungen als von ihnen gewollter unmittelbar oder mittelbar wirkender Verfügungen entscheidet auch über die Frage der Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit dieser Handlungen. Auch bei dieser Frage muß der Grundsatz in Anwendung gebracht werden, daß der Prozeß den Parteien keine Einbuße in ihrer Verfügungsmacht bringt. Wer also eine von ihm außerhalb des Prozesses abgegebene Willenserklärung zu widerrufen befugt ist, muß diese Befugniß auch gegenüber den im Prozesse gethätigten Verfügungen, seien diese nun mit unmittelbarer oder mittelbarer Wirkung ausgestattet, behalten. Es folgt hieraus der allgemeine Satz, daß frei widerruflich sind alle diejenigen Handlungen, die nur der Ausübung von Rechten der handelnden Partei dienen, ohne Rechte für die andere Partei zu begründen, daß diejenigen Handlungen aber, welche der Gegenpartei Rechte einräumen oder diesen Erfolg dadurch bewirken können, daß sie für diese eine Erleichterung in der Rechtsverfolgung herbeiführen, dem freien Widerrufe entzogen sind, daß da aber, wo die Widerruflichkeit oder Anfechtbarkeit einer außerhalb des Prozesses erklärten Verfügung von besonderen Voraussetzungen abhängig ist, die im Prozesse abgegebene entsprechende Erklärung gleichfalls nur bei dem Vorhandensein eines besonderen Widerrufsgrundes von der handelnden Partei selbst entkräftet werden kann. Man vergegenwärtige sich den Einfluß derjenigen Umstände, welche die Bildung eines Willensentschlusses beeinträchtigen oder einen Widerspruch zwischen Wille und Erklärung herbeiführen. Es hängt hier alles von den Normen des jeweils maßgebenden Prozeßrechts

Digitized by Google

ab[169]), das die seinem Gebiete angehörigen Handlungen besonderen Anfechtungsgrundsätzen unterwerfen kann. Fehlt es an solchen Normen, so muß das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung kommen, weil die Parteihandlungen Bethätigungsakte der privatrechtlichen Verfügungsmacht sind.

In dieser Verfügungsmacht ist Grund und Maß der bindenden Kraft von den Parteien vorgenommener Handlungen zu finden; mit der wenig treffenden Behauptung, daß die Parteihandlungen „gemeinschaftlich" würden[170]), ist nichts erklärt.

§ 132. Nur eine Seite, und wie man sagt, die Kehrseite[171]) der Dispositionsmaxime bildet die Verhandlungsmaxime. Während jene nach dem Wortlaute des Namens, den man ihr gegeben, die Handlungen der Parteien charakterisirt, bestimmt diese das der Verfügungsfreiheit der Parteien entsprechende Verhalten des Richters[172]). Dieses Verhalten pflegt man im einzelnen durch folgende in der Verhandlungsmaxime liegende Gebote zu bestimmen:

1. Judex ne procedat ex officio: der Richter soll nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag der Partei handeln.
2. Judex ne eat ultra petita partium: der Richter soll an die Anträge der Parteien gebunden sein, den Parteien nicht mehr zusprechen, als sie zugesprochen haben wollen.
3. Quod non in actis, non est in mundo oder allallgemeiner gültig: Judex secundum allegata et probata a partibus judicare debet: der Richter darf als Urtheilsgrundlage nur die von den Parteien angeführten und bewiesenen Thatsachen verwerthen.

Man erspart sich die Zergliederung der Verhandlungsmaxime nach diesen drei Geboten, wenn man ihren Inhalt dahin zusammenfaßt: der Richter soll der Eigenschaft der

---

[169]) Vgl. z. B. § 263 der deutschen C.-P.-O.
[170]) Vgl. z. B. v. Canstein, rationelle Grundlagen S. 22.
[171]) Birkmeyer, Grundriß S. 271 II.
[172]) Der Erfinder des Namens ist Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses I 8, § 4. Der Name ist nicht glücklich gewählt, und der Gegenstand, den er bezeichnet, ist in der Dispositionsmaxime enthalten.

Digitized by Google

Parteihandlungen als der Bethätigung der Verfügungsmacht der Parteien durch sein Verhalten Rechnung tragen. Denn hiermit ist ohne weiteres der Grundsatz, daß der Richter thätig werden kann, nur wenn und insoweit die Partei seine Thätigkeit begehrt, mit allen seinen Folgerungen ausgesprochen.

Aber es leuchtet ein, daß diese Bestimmungsmacht der Parteien nicht so weit reichen kann, daß sie dem Richter auch vorzuschreiben geeignet wäre, wie er handeln, welchen Inhalt seine Thätigkeit haben solle. Denn gerade in den wichtigsten Fällen stehen die Behauptungen und Anträge der Parteien einander schroff gegenüber, der Richter kann also den Prozeßzweck gar nicht anders wahren, als indem er den einen Antrag und die eine Behauptung verwirft. Der Prozeßzweck ist es also, der der Verfügungsgewalt der Parteien eine natürliche Grenze zieht: zwingend für den Richter ist nur, daß die Partei will, nicht was sie will, d. h. es ist seinem Handeln durch den erklärten Willen der Partei Beweggrund und Richtung gegeben, aber keineswegs der Inhalt vorgezeichnet. Er ist also einerseits verpflichtet, die geltend gemachten Angriffs- und Vertheidigungsmittel für sein Urtheil zu verwerthen und die zu deren Begründung behaupteten Thatsachen zu prüfen, er ist andrerseits aber unabhängig von dem Willen der Partei in der Beurtheilung der geltend gemachten Mittel und in der Würdigung der behaupteten Thatsachen. Es folgt hieraus, daß er sich zwar der Arbeit des Prüfens hinsichtlich keiner der von den Parteien abgegebenen Erklärungen entschlagen, daß er aber auf Grund dieser Beurtheilung zu dem Schlusse kommen kann, daß gewisse Erklärungen nicht geeignet seien, sein Urtheil zu bestimmen.

Beispiel: Der Kläger hatte eine Forderung gegen den Consumverein X, der die Eigenschaft einer eingetragenen Genossenschaft hatte, und nahm nach Auflösung des Vereins einzelne der früheren Mitglieder als Solidarschuldner in Anspruch. Die Beklagten leugnen, Mitglieder des Vereins gewesen zu sein: es sei zwar richtig, daß sie die Vereinsstatuten unterschrieben hätten (Thatsachengeständniß), sie hätten dies aber nicht mit der Beitrittsabsicht, sondern in dem durch den Vorstand veranlaßten Glauben gethan, daß sie die Genehmigung des Statutenentwurfs lediglich beurkunden sollten. Der Kläger bestreitet dies, indem er

Digitized by Google

behauptet (indirektes Leugnen), die Beklagten seien bei Genehmigung des Statutenentwurfs nicht zugegen gewesen, sondern hätten die Statuten nachträglich in der dem Vorstande erklärten Absicht unterschrieben, Mitglieder des Vereins zu werden. — Diese Thatsachen zu prüfen, war der Richter verpflichtet. Er legt sich die von keiner Partei auch nur berührte Frage nach der formellen Gültigkeit der behaupteten Beitrittserklärung selbständig vor und gelangt bei dieser in das Gebiet der Beurtheilung gehörigen Thätigkeit zur Bejahung jener Frage. Er gelangt deshalb zu dem Ergebniß, die Vorgänge und beiderseitigen Absichten bei der Unterschrift für erheblich zu erklären und also, da die Thatsache der Unterschrift in Folge Geständnisses für ihn feststand, den Beweis der rechtshindernden Thatsache mangelnden Vertragswillens von den Beklagten und den gegen diese Thatsache gerichteten Gegenbeweis von den Klägern zu verlangen; ein prozeßleitender Beschluß spricht dieses Verlangen aus. Die geladenen Zeugen widersprechen sich: die einen bestätigen die Angaben des Beklagten, die andern die des Klägers, und jede Partei bemüht sich, die Ueberzeugung des Richters für ihre Behauptung zu beeinflussen. Der Kläger erklärt nämlich, die ihm ungünstigen Zeugen seien am Ausgange des Prozesses interessirt, denn auch sie hätten die Statuten unter gleichen Verhältnissen unterschrieben, der Beklagte wirft den ihm ungünstigen Zeugen vor, daß sie sich durch freundschaftliche und verwandtschaftliche Beziehungen zum Kläger zu unwahren Angaben hätten bestimmen lassen. Allein die Frage, welchem Zeugniß Glauben zu schenken sei, ist Sache unabhänger Würdigung des Richters. Er billigt denn auch keines der angeführten Argumente, sondern entscheidet sich für die Behauptung des Klägers aus dem Grunde, weil diese in Verbindung mit der Thatsache der Unterschrift ein höheres Maß von Wahrscheinlichkeit für sich habe. Nachdem er die Beklagten nach dem Klageantrage verurtheilt hat, wird das Rechtsmittel der Berufung eingelegt. Neue Thatsachen werden in zweiter Instanz nicht angeführt, aber es findet eine vollständige Wiederholung des erstinstanzlichen Prozeßstoffes statt. Diesen unterzieht der zweite Richter pflicht-

Digitized by Google

gemäß einer freien Beurtheilung. Da er die angeführten und bewiesenen Thatsachen berücksichtigen muß, erklärt er folgendes. Bei der Beweisaufnahme sei gar nicht festgestellt worden, daß die Beklagten die Statuten unterschrieben hätten, vielmehr stimmten alle Zeugen darin überein, daß die Beklagten ihre Namen in ein besonderes Buch, in dem von Statuten nichts und überhaupt nur eine Reihe von Namen stände, eingeschrieben hätten. Diese zwar von keiner Partei behauptete, nun aber doch der richterlichen Würdigung unterliegende und bei der Einstimmigkeit aller Zeugen unzweifelhaft wahre Thatsache müsse zu einer andern rechtlichen Beurtheilung führen, als von welcher der erste Richter ausgegangen: diese Namensniederschrift nämlich entspreche nicht dem § 2 des Gesetzes vom 4. Juli 1868 und enthalte also eine formgültige Beitrittserklärung nicht. Alle andern Thatsachen also seien unerheblich[173]).

§ 133. Während die Verhandlungsmaxime auf der einen Seite den Richter verpflichtet, seiner Prüfung alle Erklärungen zu unterziehen, welche die Parteien seiner Prüfung unterbreiten wollten, hindert sie ihn auf der andern Seite, Thatsachen zu berücksichtigen, die die Parteien nicht aufgestellt haben. Er würde damit selbstthätig untersuchen, statt die Verfügungsmacht der Parteien walten zu lassen, ja er würde gegen den Grundsatz von der Nothwendigkeit beiderseitigen Gehörs verstoßen, wenn er eine von keinem Theile vorgebrachte, also auch unwidersprochen gebliebene Thatsache für sein Urtheil verwerthete, über deren Wahrheit er auf privatem Wege vielleicht falsch unterrichtet war.

Aber ein Irrthum wäre es, zu glauben, daß die Verhandlungsmaxime dem Richter die rein passive Rolle stummen Anhörens zuweise. Denn da diese Maxime nur eine Seite des Dispositionsprinzips bildet, kommt es darauf an, ob denn die Partei Thatsachen, die sie im Interesse ihrer Rechtsverfolgung hätte verwenden können, nicht hat für sich verwerthen *wollen*.

---

[173]) Man verzeihe die Ausdehnung des gewählten Beispiels. Der zu erläuternde Gegenstand selbst und die Absicht, manche andere abstrakte Lehre an einem konkreten Fall zu verdeutlichen, mußten diese Ausdehnung bewirken.

Digitized by Google

Aber der Umstand, daß eine Partei nicht Alles erklärt hat, was sie nach der Meinung des Richters zum Zwecke der Begründung eines Angriffs- oder Vertheidigungsmittels hätte erklären sollen, läßt sich nur in den seltensten Fällen auf das bewußte Wollen dieser Partei zurückführen. Vielmehr bedarf es regelmäßig nur eines Hinweises auf die Mangelhaftigkeit der erfolgten Thatsachenmittheilung, und sofort bekundet die Partei ihren Willen, dem Richter die vollständigste Kenntniß aller für ihn wissenswerthen Thatsachen zu verschaffen. Dieser Hinweis ist Ausübung des richterlichen Fragerechts. Dasselbe steht also nicht einem gegensätzlichen Verhältniß zur Verhandlungsmaxime, sondern ist Ausfluß des richterlichen Prozeßleitungsrechtes. Bleibt der Hinweis auf das Vorhandensein einer dem Richter anderweit bekannt gewordenen bestimmten Thatsache unbeachtet, so darf diese Thatsache nach der Verhandlungsmaxime nicht berücksichtigt werden, während ein der Inquisitionsmaxime unterworfener Richter sie als Urtheilsgrundlage gleichwohl verwerthen müßte. Im Falle der Beachtung des Hinweises aber bildete für einen nach der Verhandlungsmaxime thätigen Richter doch immer die Parteibehauptung den Beweggrund, die fragliche Thatsache zu berücksichtigen.

Z. B. Es wird über eine Klage verhandelt, mit welcher der Hypothekengläubiger nicht von dem persönlichen Schuldner, sondern von dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks Zahlung beansprucht. Der Beklagte vertheidigt sich in ungeeigneter Weise. Der Richter aber erinnert sich, daß die Erben des persönlichen Schuldners vor ihm selbst bei der Nachlaßtheilung erklärt haben, daß ihr Erblasser jene Hypothekenschuld vor längerer Zeit getilgt habe; er macht den Beklagten hierauf aufmerksam und frägt ihn, ob er den Tilgungseinwand erheben und jene Erben als Zeugen benennen wolle. Handelt der Beklagte dieser Aufforderung gemäß, so ist nun der Richter nach jeder Maxime verpflichtet, die bezeichnete Thatsache zu berücksichtigen. Setzt der Beklagte der richterlichen Aufforderung aber auch nur Schweigen entgegen, so bleibt die Thatsache nach der Verhandlungsmaxime unbeachtet, während sie nach der Inquisitionsmaxime als Urtheilsgrundlage verwerthet werden müßte.

Digitized by Google

II. Die Parteihandlung als Bethätigung der prozeßrechtlichen Verfügungsgewalt.

§ 134. Unterläge der Rechtsschutzanspruch in gleicher Weise wie der Privatrechtsanspruch der freien Verfügung der Parteien, so würde hier ein Hinweis genügen auf das, was oben von dem Einflusse der privatrechtlichen Verfügungsgewalt gesagt worden ist. Allein darin läge eine Verkennung des eigenartigen Wesens des Rechtsschutzanspruches als einer zwar unmittelbar privaten Interessen dienenden, gleichwohl dem öffentlichen Rechte angehörenden Befugniß (§§ 2, 15). Der Widerstreit, in den hier private und öffentliche Interessen treten, wird nicht gelöst, sondern gewaltsam unterdrückt, wenn man die völlige Unterordnung der einen unter die andern gebietet. Vielmehr ist ein Ausgleich nur dann möglich, wenn man jede der in Kampf gerathenen Mächte für sich als berechtigt anerkennt und nur die Grenze aufsucht, bis zu welcher sie sich gegenseitig beeinflussen dürfen.

Auf dem Gebiete öffentlichen Rechts herrscht der Grundsatz der Unterordnung des Einzelnen unter die Interessen der Allgemeinheit; auf dem Gebiete des privaten Rechts sehen wir das schrankenlose Walten der Willensfreiheit: die Pflicht findet hier ihre Rechtfertigung ausschließlich in dem Willen dessen, der sie übernommen. Wenn aber die Macht des Einzelnen an dem widerstrebenden Willen des Andern ein Hinderniß gefunden, das dem Willen aller d. i. dem Rechte widerspricht, so ist es Pflicht des Staates, als des Hüters der Privatrechtsordnung, dem berechtigten Willen Schutz zu gewähren, aber eben nicht deshalb, weil der selbstsüchtige und im einzelnen Falle vielleicht ungerechtfertigte Wille jener Privatperson, sondern weil der Wille der Privatrechtsordnung auch sein Wille ist. Seine Aufgabe besteht also zunächst darin, festzustellen, was im einzelnen Falle der Wille der Privatrechtsordnung ist, und dann darin, diesen Willen kraft seiner Zwangsgewalt zur Geltung zu bringen. Er verwandelt damit zugleich die Lage desjenigen, gegen den die Rechtsschutzthätigkeit des Staates gerichtet werden soll: der Beklagte, der so eben noch dem Willen seines Gegners seinen eigenen Willen gleichberechtigt und gleichmächtig entgegengesetzt hatte, ist in eine Zwangslage versetzt; da er den Willen der Privatrechtsordnung muß gegen sich gelten lassen, so muß er auch hinnehmen, was der Staat als allgemeinen Willen erklären wird. Er geräth damit selbst in die Gefahr, Rechte

Digitized by Google

einzubüßen. Die Folge davon, daß der Kläger durch Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses einen Rechtsschutzanspruch gegen den Staat und damit gegen den Beklagten erlangt, ist also, daß auch der Beklagte einen Anspruch auf Rechtsschutz gegen den Staat und damit gegen den Kläger erwirbt. Diese Ansprüche gehören dem öffentlichen Recht an, ihre Entstehung ist deshalb nur von denjenigen Vorbedingungen abhängig, unter denen der Staat sich zu verpflichten gewillt ist, die also auch ihrerseits dem öffentlichen Rechte zugehörig, folglich der freien Verfügung der Parteien entzogen sind. Ist aber der Rechtsschutzanspruch einmal ins Leben gerufen, so frägt es sich nur, ob der privatrechtliche Wille dieser oder ob der privatrechtliche Wille jener Partei dem objektiven Privatrecht entspricht. Wie früher gezeigt, erleidet die privatrechtliche Willensfreiheit durch den Prozeß keine Einbuße, daher bewegt sich innerhalb der durch das Prozeßverhältniß gezogenen Grenzen die privatrechtliche Verfügungsmacht der Parteien so frei wie außerhalb des Prozesses.

Hieraus folgt:

1. daß jede Partei einen Rechtsschutzanspruch durch grundsätzlich einseitigen Akt begründen kann, wenn sie die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen desselben erfüllt, daß aber ein Rechtsschutzanspruch beim Mangel dieser Voraussetzungen auch dann nicht entstehen kann, wenn sich die andere Partei einem solchen unterwerfen wollte;
2. daß die Parteien mit den von ihnen im Prozesse zum Zwecke der Befriedigung des Rechtsschutzanspruchs vorgenommenen Handlungen ihre privatrechtliche Verfügungsgewalt bethätigen, über den Rechtsschutzanspruch selbst aber nur insoweit verfügen, als sie diesen eben durchführen, statt ihn fallen zu lassen.

Allein damit, daß die Entstehung des Rechtsschutzanspruchs unter die Abhängigkeit von Bedingungen gestellt ist, die der Verfügungsgewalt der Parteien entrückt sind, ist dem öffentlichen Interesse noch keineswegs Genüge geleistet. Auch die Art der Durchführung des Anspruches hängt überall von Voraussetzungen ab, die vom Staate in seinem objektiven Prozeßrecht aufgestellt, den Zweck haben, die Interessen der Allgemeinheit zur Geltung zu bringen.

Diesen Interessen wird Rechnung getragen durch die Aufstellung einer bestimmten Ordnung des Verfahrens und

Digitized by Google

bestimmter Formen für die Prozeßhandlungen. Es ist den Parteien unmöglich gemacht, ihre eigenen Anschauungen über die zweckmäßige Gestaltung und Erledigung des von ihnen begonnenen Prozesses zur Geltung zu bringen, sie können nur beanspruchen, daß der Richter dem objektiven Prozeßrecht gemäß handle, selbst wenn alle Theile darin einig sein sollten, daß man das erstrebte Ziel auf kürzerem und besserem Wege erreichen könnte. Darum wäre z. B. heut in Deutschland das übereinstimmende Verlangen der Parteien, der Richter möge ein Beweisurtheil erlassen, ein unberechtigtes, und so oft auch unter der Herrschaft mündlichen Verfahrens die Parteien den Wunsch hegen mögen, daß der Richter, der doch alles, was sie zu sagen im Stande seien, in den Akten lesen könne, von einer mündlichen Verhandlung Abstand nehmen möchte, ein dahin gehender Antrag müßte doch abgelehnt werden. Allein die Ordnungs- und Formvorschriften haben nicht zu allen Zeiten die gleiche Strenge. Je weiterer Spielraum den Parteien in der Wahl der Formen oder in der Entscheidung über die Reihenfolge einzelner Handlungen gelassen wird, desto größer wird das Gebiet ihrer prozessualischen Verfügungsgewalt.

§ 135. Die auf Prozeßerledigung gerichteten Betriebshandlungen sind das eigentliche Gebiet der prozeßrechtlichen Bestimmungsmacht der Parteien. Darum tritt die Anschauung über die Grenze, bis zu welcher man den Parteien eine solche Macht gewähren bezw. nehmen dürfe, besonders erkennbar in denjenigen Bestimmungen hervor, welche den Prozeßbetrieb regeln.

Man macht hier den Gegensatz von Parteibetrieb und Offizialbetrieb, je nachdem man die Frage verschieden beantwortet, ob die Prozeßgründung den Richter verpflichtet, stets nur die einzelne bestimmt verlangte oder alle Handlungen vorzunehmen, die dem Zwecke der Prozeßerledigung dienen[174].)

Nach dem Grundsatze des Parteibetriebes verfügt die Partei über den Rechtsschutzanspruch in der Weise, daß Fortgang und Beendigung des Prozesses von unausgesetzten Parteianträgen abhängig bleiben, daß demnach das ange-

[174]) Vgl. über diesen Gegensatz Wetzell § 45. Endemann § 99, auch v. Canstein, rat. Grundlagen, S. 169 ff.

Digitized by Google

rufene Rechtspflegeorgan nur in Folge Antrages in Thätigkeit und nach Erledigung der verlangten einzelnen Handlung wieder außer Thätigkeit tritt, daß also das Nichthandeln der Parteien auch ein Nichthandeln des Gerichts, einen Prozeßstillstand, im Gefolge hat.

Nach dem Grundsatze des Offizialbetriebes empfängt das Gericht mit dem Akte der Prozeßeröffnung oder bei Geltendmachung einzelner besonderer Rechtsschutzansprüche mit der gültigen Erhebung dieses Anspruchs aus der Hand der antragenden Partei wie Recht so Pflicht, den Anspruch, nicht blos die einzelne verlangte Handlung zu erledigen, also erst dann außer Thätigkeit zu treten, wenn dieses Ziel erreicht ist oder die Partei auf ihren Rechtsschutzanspruch verzichtet hat.

Man hüte sich, Verhandlungsmaxime und Offizialbetrieb in Gegensatz zu einander zu bringen[175]), es wäre dies eine Verkennung des Unterschiedes, der zwischen Privat- und Prozeßrechtsverhältniß besteht. Daß Verhandlungsmaxime und Offizialbetrieb mit einander verträglich sind, beweisen z. B. der gemeine und der spätere preußische Prozeß. In der That verpflichtet die Verhandlungsmaxime den Richter nur, die Handlungen der Parteien, die der Befriedigung des Rechtsschutzanspruches dienen, als privatrechtlich wirksame Willensäußerungen zu betrachten, der Grundsatz des Offizialbetriebes aber erblickt in der Erhebung des Rechtsschutzanspruches den Willen der Partei ausgedrückt, daß der Richter alle Handlungen vornehme, die zur Erreichung eines bestimmten Zweckes dienlich sind.

§ 136. Der Rechtsschutzanspruch, der aus der Prozeßgründung hervorgeht, ist nicht stets der einzige, der im Prozesse geltend gemacht wird. Wie ein Privatrechtsverhältniß eine Reihe einzelner Privatrechtsansprüche, so kann das eine Prozeßrechtsverhältniß neben jenem allgemeinen und in jedem Falle veranlaßten noch eine Reihe besonderer, von besonderen Umständen abhängiger Rechtsschutzansprüche hervorrufen.

---

[175]) In diesen Fehler scheint Birkmeyer zu verfallen, wenn er (Grundriß S. 241 II) sagt: „Wo jedoch das öffentliche Interesse es verlangt, da cessirt mit der Verhandlungsmaxime auch das Betreibungsrecht der Parteien und ist der Prozeß vom Richter ex officio zu betreiben."

Digitized by Google

Abgesehen davon, daß der Prozeßgründungsakt selbst auch dem Beklagten einen Anspruch giebt, bildet ein jeder für diese oder für jene Partei erstrebenswerthe prozessualische Vortheil den Gegenstand eines besonderen Anspruchs, und da der Vortheil der einen Partei den Nachtheil der andern, damit aber vielleicht den Zustand des Unrechts im Gefolge hat, so müssen auch die Mittel, die das Prozeßrecht der geschädigten Partei zum Zwecke der Beseitigung dieses Zustandes zur Verfügung stellt (die Rechtsmittel § 116), Gegenstände solcher besonderen Ansprüche sein.

Die Geltendmachung eines Anspruchs dieser Art ist nicht prozeßrechtliche Verfügung allein, sondern Bethätigung auch der privatrechtlichen Bestimmungsmacht; sie hängt deshalb vom freien Willen der Parteien ab. Aber ob es nur der Erhebung des Anspruchs oder der unausgesetzten Betreibung der Partei bedarf, um den Anspruch durchzuführen, das hängt davon ab, ob der Grundsatz des Parteibetriebes oder der des Offizialbetriebes gilt.

§ 137. Es hat sich gezeigt, daß die prozeßrechtliche Verfügungsmacht der Parteien erheblichen Beschränkungen unterliegt. Und wenn man dennoch ihr Dasein behauptet, so könnte es scheinen, als ob es in Wahrheit die privatrechtliche Verfügungsmacht wäre, die sich nur auf dem Gebiete des Prozeßrechts bethätige und die sich deshalb als eine besondere prozessualische Verfügungsgewalt ausgebe. Indeß führt die Erscheinung allein, daß man auf Erledigung des konkreten Rechtsschutzanspruchs verzichten kann, ohne das Dasein des Privatrechtsanspruchs auch nur im geringsten zu beeinflussen, den Beweis, daß jener Zweifel an einer selbständigen prozessualischen Verfügungsgewalt auf einer Täuschung beruht.

Die prozeßrechtliche Verfügungsgewalt besteht in der Befugniß, Handlungen mit prozessualischer Wirkung vorzunehmen.

Unter diesen Handlungen sondern sich die, welche unmittelbar einen Rechtsschutzanspruch begründen oder aufheben, von denen, die nur den Zweck haben, den einmal begründeten Anspruch zur Erledigung zu bringen.

Die ersteren sind *Rechtsgeschäfte* des Prozeßrechts. Aber sie dürfen nicht verwechselt werden mit dem, was oben (§ 20) als prozeßrechtliche Verträge bezeichnet worden ist. Denn die letzteren werden *außerhalb* des Prozesses ge-

Digitized by Google

schlossen und verpflichten die Parteien zu einem bestimmten Verhalten im Prozesse, dagegen sind die Rechtsgeschäfte des Prozeßrechts nichts als Prozeßhandlungen von besonderer Wichtigkeit. Wie die Geschäfte des Privatrechts, welche allein man als Rechtsgeschäfte zu bezeichnen gewöhnt ist, eine unmittelbare privatrechtliche Wirkung herbeiführen, so die Rechtsgeschäfte des Prozeßrechts eine unmittelbare prozeßrechtliche Wirkung. Es seien hevorgehoben der Prozeßgründungsakt, nach manchen Systemen ein Vertrag, nach manchen eine einseitige Willenserklärung, und der Verzicht auf den Rechtsschutzanspruch (z. B. die Zurücknahme der Klage oder eines Rechtsmittels). Ein solches Geschäft kann wirkungslos sein, wenn ihm die Erfordernisse fehlen, die das Gesetz für seine Giltigkeit aufstellt, wie z. B. der Prozeßgründungsakt unwirksam bleibt, wenn eine Prozeßvoraussetzung fehlt; es kann widerruflich sein, wenn es Rechte nur für den Widerrufenden begründet hatte.

Zu der letzteren Kategorie, den mittelbar wirkenden Verfügungsakten, gehören sowohl die, welche die Befriedigung des Rechtsschutzanspruchs betreiben, als auch die, welche diese Befriedigung verhindern. Daher ist Akt der prozessualischen Disposition auch die Unterlassnng von Prozeßbetriebshandlungen, insofern das Nichthandeln ein Ruhen des Prozesses bewirkt. Der Prozeßstillstand kann ein vorübergehender oder ein dauernder sein. Im letzteren Falle verbirgt sich hinter der Unthätigkeit der Parteien ihr Verzicht auf weitere Verfolgung des Rechtsschutzanspruchs.

Die Art des Gebrauchs prozessualischer Bestimmungsmacht ist zwar ähnlich der Art des Gebrauchs privatrechtlicher Dispositionsbefugniß. Aber es muß festgehalten werden, daß die Begründung prozeßrechtlicher Wirkungen nicht lediglich von dem freien Willen der Partei, sondern daneben von dem Vorhandensein öffentlich-rechtlicher Bedingungen abhängt, welche zu beschaffen über die Macht der Parteien hinausgeht. Es ist deshalb der Partei, gegen welche die Rechtsschutzthätigkeit des Staates in Bewegung gesetzt werden soll, prinzipiell versagt, durch ein Prozeßgeschäft oder durch eine mittelbar wirkende Handlung oder Unterlassung der Gegenpartei einen Rechtsschutzanspruch einzuräumen, wo ein solcher sonst nicht bestehen würde. Es folgt hieraus, daß das, was im Gebiete der privatrechtlichen Verfügungsmacht als Anerkenntniß oder als Geständniß bezeichnet worden

Digitized by Google

ist, hier keine andere Bedeutung haben kann als die bloße Unterlassung des Widerspruchs, d. h. sie kann der Gegenpartei die Verfolgung prozessualischer Rechte in gewissem Maße erleichtern, aber sie kann ihr solche Rechte nicht einräumen.

Man darf sich aus diesem Grunde auch keiner Täuschung darüber hingeben, als dürften diejenigen Grundsätze, welche das Prozeßrecht für die Verfolgung privatrechtlicher Ansprüche aufgestellt hat, auf die Verfolgung prozeßrechtlicher Ansprüche analoge Anwendung leiden. Daß eine gewisse Aehnlichkeit zwischen diesen beiden Thätigkeiten besteht, kann freilich nicht geleugnet werden. Denn auch die Partei, die einen bloßen Rechtsschutzanspruch erhebt, verlangt die Beseitigung eines Zustandes, der ihrer Meinung nach dem Rechte widerspricht, bestehe dieser Zustand auch nur in einem Hinderniß, das ihre Rechtsverfolgungsthätigkeit erschwert. Sie macht deshalb gleich dem Kläger einen Angriff gegen diejenige Partei, die ein Interesse an der Aufrechterhaltung jenes Zustandes hat, selbst wenn der erstrebte prozessualische Vortheil für Zwecke der gegen den Privatrechtsanspruch gerichteten Vertheidigung verwerthet werden soll. Und die angegriffene Partei geräth von selbst in die Vertheidigungslage. Aber da dieselbe gar nicht die Macht hat, der andern Partei einen Rechtsschutzanspruch einzuräumen, da vielmehr über Dasein oder Nichtdasein des behaupteten Prozeßrechts lediglich öffentrechtliche Voraussetzungen entscheiden, da demnach der Richter die Prüfung dieser Vorbedingungen, von denen seine eigene Verpflichtung abhängt, von Amtswegen vorzunehmen hat, so kommt auch auf die Art der vom Angegriffenen gewählten Vertheidigung nichts an. Man spricht zwar von Prozeßeinreden, aber man hüte sich auf sie die Begriffsbestimmung anzuwenden, die oben für die materiellrechtliche Einrede aufgestellt worden ist (§ 63). Man versteht unter Prozeßeinrede vielmehr jeden vom Angegriffenen erklärten Hinweis auf ein dem Rechtsschutzanspruche der andern Partei entgegenstehendes Hinderniß.

Der Angegriffene kann durch diesen Hinweis die richterliche Prüfung fördern, aber nicht veranlassen, denn es ist Amtspflicht des Richters, sie selbstthätig vorzunehmen. Ist aber außerhalb des Prozesses ein prozeßrechtlicher Vertrag geschlossen, der die Aufhebung oder Einschränkung des jetzt geltend gemachten Rechtsschutzanspruchs zum Gegenstande hatte, so ist damit eine privatrechtlich bedeutsame Willens-

Digitized by Google

erklärung kundgegeben (pactum de non petendo, Verzicht auf die Berufung im Gegensatz zur Zurücknahme), die deshalb auch zum Gegenstande privatrechtlicher Vertheidigung, also auch einer wirklichen Einrede gemacht werden kann.

Die prozeßrechtliche Verfügungsgewalt kann sich also bethätigen in der Begründung und Aufhebung sowie in der Durchführung prozessualischer Ansprüche. Die wichtigste Art der Ausübung ist die Prozeßgründung, weil sie das Prozeßverhältniß zur Entstehung bringt, und die Prozeßaufgabe, weil sie das Rechtsverhältniß wieder löst (Zurücknahme der Klage). Diesen beiden Akten entspricht jedes andere Prozeßrechtsgeschäft, das einen besonderen Rechtsschutzanspruch hervorruft, und jedes, was diesen Anspruch wieder aufgiebt (z. B. Zurücknahme der Berufung).

Soweit sich die prozeßrechtliche Verfügungsgewalt bethätigen darf, ist der Richter durch sie gebunden.

Zur Erläuterung der hier gegebenen Auseinandersetzungen diene folgendes Beispiel:

> Die offene Handelsgesellschaft Meyer & Co., die in B. ihren Sitz hat, wird bei dem Gericht in F. verklagt. Letzteres Gericht ist unzuständig. Auf die Ladung erscheint die Beklagte nicht, die Klage wird gleichwohl als bei diesem Gerichte unstatthaft abgewiesen, denn das angerufene Gericht hatte keine Rechtsschutzpflicht. Darauf wird Klage bei dem zuständigen Gericht in B. erhoben und das Prozeßverhältniß begründet. In diesem Prozeß hat die Beklagte eine gewisse Thatsache zu beweisen, sie empfindet es als ein Hinderniß ihrer Rechtsverfolgung, daß sie andere Beweismittel nicht hat als die beiden Inhaber der Gesellschaftsfirma. Sie erhebt deshalb den Rechtsschutzanspruch, der Richter möge diese beiden Personen als Zeugen vernehmen. Der Kläger erklärt sich hiermit einverstanden, aber der Richter lehnt den Antrag ab unter Hinweis auf die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft und den Begriff des Zeugen. Darauf wird die Beklagte nach dem Klageantrage verurtheilt. Sie legt das zulässige Rechtsmittel der Berufung ein (besonderer Rechtsschutzanspruch). Der Kläger wendet Unzulässigkeit der Berufung ein, weil dieselbe verspätet eingelegt sei (Prozeßeinrede). Der Richter hätte dieses Hinweises nicht bedurft, er mußte die Rechtzeitigkeit der

Digitized by Google

Berufung von Amtswegen prüfen; er findet übrigens die öffentlich-rechtlichen Vorbedingungen des Rechtsmittels für gegeben und erklärt seine Verpflichtung, in die Nachprüfung des ersten Urtheils einzutreten. Jetzt wiederholt die Beklagte den Anspruch auf Vernehmung der einen jener Personen, die sie in erster Instanz als Zeugen benannt hatte, und behauptet, dieselbe sei nicht mehr Gesellschafter. Der Kläger giebt diese Thatsache zu. Hier *kann* der Richter das Zugeständniß für ausreichend erachten, er *kann* aber auch behufs weiterer pflichtmäßiger Prüfung z. B. das Handelsregister einsehen. Nachdem der Zeuge nun wirklich vernommen ist, aber nichts erhebliches bekundet hat, nimmt die Beklagte die Berufung zurück.

§ 138. Der Inhalt des Rechtsschutzanspruchs hängt von der Art und dem Maße des Rechtsschutzbedürfnisses ab.

Diesen Bedürfnissen kann, wie früher (§ 59) gezeigt wurde, schon dadurch Genüge geleistet werden, daß Seitens des Richters lediglich festgestellt wird, ob zwischen den Parteien ein gewisses Rechtsverhältniß besteht oder nicht besteht; in andern und erfahrungsgemäß zahlreicheren Fällen erheischt jenes Bedürfniß die Anwendung der staatlichen Zwangsgewalt zum Zwecke der Durchführung des festgestellten Rechts. Wo dieses Bedürfniß herrscht, da muß die im richterlichen Urtheile getroffene Rechtsfeststellung, wie werthvoll sie auch als Schöpferin unanfechtbarer Rechtsgewißheit an sich sein mag, doch nur als die unumgängliche Vorbedingung für Erlangung desjenigen Rechtsschutzes gelten, der allein geeignet ist, den Zustand des Unrechts zu beseitigen. Darum ist dort mit dem Urtheil, hier erst mit der Durchführung der zulässigen Zwangsmaßregeln dem Rechtsschutzanspruche der Partei, die den Prozeß begonnen, Befriedigung gewährt. Ein die Klage abweisendes Urtheil entspricht aber in jedem Falle dem Rechtsschutzanspruche des Beklagten.

Der Manigfaltigkeit der Rechtsschutzbedürfnisse trägt überdies die Verschiedenheit der *Prozeßarten* Rechnung.

Da das Zweiparteienverhältniß des Civilprozesses, das Gegenübertreten zweier einander widerstreitenden Rechtsschutzansprüche, zu dem Grundsatze von der Nothwendigkeit beiderseitigen Gehörs führt, so kann als regelentsprechendes Verfahren auch nur dasjenige gelten, das diesen Grundsatz streng

Digitized by Google

durchführt. Allein in der starken Betonung dieses Grundsatzes kann eine unbillige Verkürzung von Rechtsschutzbedürfnissen liegen, die der Staat aus wirthschaftlichen Rücksichten, namentlich im Interesse des Kredits, als wohl berechtigte anerkennen muß. Diesen Bedürfnissen entsprechen Prozeßarten, die ohne jenen Grundsatz der Gerechtigkeit aufzugeben, nur die Gefahren zu vermindern trachten, die die Ausbeutung desselben der raschen und thatkräftigen Durchführung einfacher, klarer Ansprüche des alltäglichen Verkehrs zu bereiten im Stande ist. Wo die gesetzlichen Erfordernisse einer solchen häufig stark abweichenden Verfahrensart vorliegen, da besteht für den Kläger ein besonderer Rechtsschutzanspruch auf Gewährung gerade dieser abweichenden Verfahrensform. Macht der Kläger von diesem Anspruche Gebrauch oder wählt er trotz der Zulässigkeit der besonderen Prozeßart das „ordentliche" Verfahren, so übt er einen Akt prozeßrechtlicher Verfügungsmacht aus.

b. Die Handlungen des Gerichts.

§ 139. Der vorige Abschnitt hatte die Aufgabe, als den Grund des ursächlichen Verhältnisses, kraft dessen die Parteithätigkeit auf das Verhalten des Richters wirkt, das Wesen der Parteihandlung als Aeußerung bald einer privatrechtlichen bald einer prozeßrechtlichen Bestimmungsmacht zu bezeichnen. Dabei mußte nothwendig die Partei als die Trägerin einer Gewalt, der Richter als dieser Gewalt unterworfen erscheinen. Es leuchtet ein, daß damit nur eine Seite jenes ursächlichen Verhältnisses getroffen sein kann. Die Parteien würden den Richter nicht anrufen, das mit der Führung eines Prozesses verbundene Opfer an Zeit, Mühe und Geld nicht bringen, wenn der Richter nicht das Organ eines über den Parteien stehenden Willens, wenn es nicht die Staatsgewalt wäre, die durch den Richter an die Parteien zwingende, gesetzesähnliche Gebote erließe. Die Richterhandlungen sind die Bethätigungen dieser Macht.

Sie bieten für eine Untersuchung, deren besonderer Zweck in der Feststellung des zwischen ihnen und den Parteihandlungen obwaltenden Verhältnisses besteht, zwei Seiten dar.

1. Im Prozeßrechtsverhältniß steht der Richter selbst. Sowie er nur deshalb handelt, weil er in diesem Ver-

Digitized by Google

hältniß steht, müssen seine Handlungen auch ihrerseits wieder auf das Prozeßrechtsverhältniß zurückwirken: und in der That dienen sie der Befriedigung des aus dem Prozeßrechtsverhältniß hervorgegangenen Rechtsschutzanspruchs.

2. Dem Privatrechtsverhältniß der Parteien steht der Richter fremd gegenüber. Es folgt hieraus, daß seine Handlungen nur der Feststellung der unter den Parteien vorhandenen Rechtsbeziehung und eintretendenfalls der Durchführung des festgestellten Rechts dienen, daß sie aber auf dieses Verhältniß selbst nicht einwirken können. Wo seine Handlungen gleichwohl eine Umgestaltung des ursprünglich vorhanden gewesenen Rechts nach sich ziehen, da ist dies eine unmittelbar eintretende, vom positiven Gesetz an die Richterthätigkeit geknüpfte, keineswegs die vom Richter beabsichtigte Folge[176]).

Nach diesen Gesichtspunkten sollen die richterlichen Handlungen in Nachstehendem gewürdigt würden.

I. Die Prozeßleitung.

§ 140. Da die prozeßleitende Thätigkeit die Befriedigung der Rechtsschutzansprüche der Parteien ermöglicht und herbeiführt, die prozeßentscheidende Thätigkeit aber diese Befriedigung selbst enthält, so kann der ersteren eine unmittelbare prozeßrechtliche Wirkung nicht zugeschrieben werden. Es ist eine Partei-, nicht eine Richterhandlung, die das Prozeßverhältniß begründet, und wenngleich alle prozeßleitenden Handlungen des Richters ebenso wie die Prozeßbetriebshandlungen der Parteien dem Zwecke der Prozeßerledigung dienen, so bleibt ihre Bedeutung doch immer nur auf einen mittelbaren Einfluß beschränkt, indem sie für die Parteihandlungen Beweggründe schaffen oder Hindernisse beseitigen, die der Befriedigung des Rechtsschutzanspruchs entgegenstehen.

Allein prozeßleitende Anordnungen sind in zahlreichen Fällen von der vorangegangenen Prüfung und Feststellung eines bestimmten Rechtsschutzanspruchs abhängig. Diese Fest-

[176]) Die prozessualische Novation des römischen Rechts. Vgl. das Urtheil über dieses Rechtsinstitut bei Kohler, der Prozeß als Rechtsverhältniß S. 98 – 101.

Digitized by Google

stellung wird nicht immer ausdrücklich getroffen, sie ist häufig in der Anordnung selbst mitenthalten. Es gilt dies namentlich von den im Zwangsvollstreckungsverfahren vorkommenden richterlichen Handlungen. Indem der Richter einem von der Partei gestellten Antrage auf Anwendung einer bestimmten Zwangsmaßregel stattgiebt, erklärt er, daß er den auf diese Maßregel gerichteten Anspruch geprüft und als vorhanden festgestllt habe: er *entscheidet* also, indem er anordnet.

Daß diese richterlichen Erklärungen häufig auf Antrag nur des Gläubigers ohne Gehör des Schuldners erlassen werden, darf an der Eigenschaft derselben als entscheidender Thätigkeit nicht irre machen. Gewiß bedarf es auch hier der Anwendung des Grundsatzes von der Nothwendigkeit beiderseitigen Gehörs. Aber auch hier würde die *vorherige* Anhörung des Schuldners in vielen Fällen zu unnöthiger Verzögerung führen: liegen die allgemeinen Voraussetzungen für das Dasein gerade dieses Rechtsschutzanspruchs vor, so ist die Annahme begründet, daß ein gerechtfertigter Widerspruch gegen denselben nicht werde erhoben werden. Trifft die Annahme gleichwohl nicht zu, so bleibt es dem Schuldner überlassen, die Aufhebung jener einstweiligen Entscheidung, die erfahrungsgemäß in den allerzahlreichsten Fällen eine endgültige wird, durch eine andere, den Rechtsschutzanspruch des Gläubigers verneinende Entscheidung herbeizuführen[177]).

II. Die Prozeßentscheidung.

a) Der Einfluß der Prozeßentscheidung auf das Prozeßrechtsverhältniß.

§ 141. Die Entscheidung enthält die Befriedigung eines Rechtsschutzanspruchs. Ob sie gleichzeitig das einheitliche Prozeßrechtsverhältniß löst, hängt von der Bedeutung der erlassenen Entscheidung und von dem Maße des Rechtsschutzbedürfnisses der Parteien ab. Nur das Endurtheil ist hierzu geeignet, aber es erfüllt diese Aufgabe auch nur dann, wenn der Prozeß mit dem Feststellungsverfahren beendigt ist. Jedenfalls enthält das Endurtheil immer die Befriedigung des auf *Feststellung* der privatrechtlichen Beziehungen der Parteien gerichteten Rechtsschutzanspruchs.

---

[177]) Ueber die legis actio per manus injectionem s. die Darstellung des römischen Civilprozesses, über §§ 685, 701 C.-P.-O. s. die Darstellung des Reichscivilprozesses.

Digitized by Google

Da diese Feststellung also immer Gegenstand eines gegen den Richter begründeten Anspruchs ist, so enthält die Entscheidung die Erfüllung dieses Anspruchs. Und wie derjenige, der den gegen ihn gerichteten Privatrechtsanspruch durch Leistung erfüllt, diesen Anspruch aufhebt, so hat auch das Urtheil die Wirkung, daß es jenen öffentlich-rechtlichen Anspruch tilgt.

Es folgt hieraus

1. die Unwiderruflichkeit des Urtheils für den Richter,
2. die Unanfechtbarkeit des Urtheils für die Parteien.

§ 142. Der Widerruf des einmal erlassenen Urtheils durch den Richter würde, abgesehen davon, daß seine bloße Zulässigkeit die staatliche Autorität schwächen müßte, nur möglich sein, wenn dem Richter die Macht gegeben wäre, ein Prozeßrechtsverhältniß selbständig zu begründen. Aber da diese Befugniß nur den Parteien zusteht und der Richter gegenüber diesem wichtigsten aller Prozeßgeschäfte nur die Aufgabe hat, die Frage ob das Verhältniß besteht oder nicht besteht, nachträglich zu prüfen, so kann auch die Wiederherstellung des beseitigten Verhältnisses nicht in den Befugnissen des Richters liegen. Selbst die Zustimmung beider Parteien könnte ihm diese Macht nicht geben, denn das Urtheil ist Staatsakt und steht unter den Normen des öffentlichen Rechts. Es spricht aus, was der Richter als unter den Parteien bestehendes Recht gefunden hat. Da dieses Recht selbst nicht der Aenderung unterliegt, so kann auch der einmal gethane, dasselbe feststellende Ausspruch nicht zurückgenommen werden.

§ 143. Aber auch der auf Urtheil gerichtete Anspruch der Parteien ist befriedigt und aufgehoben, wenn die von ihnen begehrte Feststellung bewirkt ist. Sie können also denselben Rechtsschutzanspruch nicht ferner mehr erheben.

Ueber Identität oder Verschiedenheit zweier Rechtsschutzansprüche entscheidet aber keineswegs nur die Gleichheit des Gegenstandes dieser Ansprüche, sondern in erster Reihe die Einheitlichkeit des Prozeßverhältnisses. Wird wegen desselben privatrechtlichen Anspruchs, der schon einmal Gegenstand richterlicher Prüfung und Aburtheilung war, eine neue Klage erhoben und auf Grund dieser neuen Klage ein neues Prozeßverhältniß begründet, so kann von Identität der Rechtsschutzansprüche von vornherein keine Rede sein, denn es ist eben ein

Digitized by Google

anderes Rechtsverhältniß, aus dem der jetzt erhobene prozeßrechtliche Anspruch hergeleitet wird. Giebt aber das einmal begründete Prozeßverhältniß auch die Grundlage für den ferneren Anspruch ab, so kann nun erst die Frage entstehen, ob nicht die Gleichheit des Gegenstandes der beiden in Frage kommenden Ansprüche die Identität derselben bewirkt. Ist demnach in einem Prozesse ein Sachurtheil erlassen, so können die Parteien nicht in demselben Prozesse abermals Sachurtheil begehren.

Voraussetzung der Unanfechtbarkeit des Urtheils aber ist, daß es den auf Entscheidung gerichteten Anspruch auch thatsächlich tilgt. Nicht jedem Urtheil steht diese Eigenschaft zur Seite. Es besitzt dieselbe dann nicht, wenn nach positivem Recht der durch das Urtheil betroffenen Partei die Befugniß zur Seite steht, eine Prüfung und damit eintretendenfalls die Beseitigung dieses Urtheils herbeiführen. Denn indem die Partei von dieser Befugniß Gebrauch macht und ein Rechtsmittel einlegt, erklärt sie, daß ihr Rechtsschutzanspruch noch nicht befriedigt sei. Getilgt ist dieser Anspruch aber dann, wenn den Parteien eine derartige Befugniß von vornherein nicht zustand (also wenn die einzige oder wenn die letzte Instanz gesprochen hat) oder wenn sie dieselbe aufgegeben hat (Verzicht auf den Rechtsmittelanspruch, Versäumniß der dafür gestellten Frist). Diese Unanfechtbarkeit nennt man formelle Rechtskraft.

Rechtskräftig ist also dasjenige Urtheil, das durch Rechtsmittel nicht angefochten werden kann. Diese einfache Definition kann nur da zu Zweifeln Anlaß geben, wo kein Einverständniß über die Begrenzung des Begriffes Rechtsmittel obwaltet. Als solches kann indeß nur derjenige auf anderweite Entscheidung gerichtete Anspruch bezeichnet werden, der demselben Prozeßverhältniß entspringt, aus dem der Anspruch auf das vorangegangene, nun angefochtene Urtheil hervorgegangen war. Wie unten entwickelt werden wird, steht das über den Privatrechtsanspruch entscheidende Urtheil in privatrechtlicher Hinsicht einer von den Parteien selbst getroffenen civilrechtlichen Willenserklärung gleich. Und wie diese der Anfechtung oder Vernichtung durch Klage ausgesetzt ist[178]), so unterliegt auch das Urtheil der Anfechtung durch

[178]) Es sei an die actio Pauliana, an das inoffiziöse Testament erinnert.

Digitized by Google

eine besondere, auf Beseitigung jener privatrechtlichen Bedeutung des Urtheils gerichtete Klage. Eine solche Klage führt zur Begründung eines neuen Prozeßverhältnisses mit einem neuen Rechtsschutzanspruch, der mit dem früher begründeten, jetzt aber befriedigten Rechtsschutzanspruche in der Gleichheit des Privatrechtsverhältnisses nur eine gemeinsame Grundlage hat. Man kann also diese Klagen, wie es heutzutage doch zuweilen noch geschieht[179]), nicht als „außerordentliche Rechtsmittel" unter den Gattungsbegriff Rechtsmittel bringen.

Die Unanfechtbarkeit des Urtheils ist regelmäßige Voraussetzung der Vollstreckbarkeit desselben. Denn da nunmehr ein gerechtfertigter Widerspruch gegen den durch das Urtheil festgestellten Anspruch nicht mehr zu besorgen ist, so fehlt jedes Hinderniß für die Entfaltung der staatlichen Zwangsgewalt.

b) Der Einfluß der Entscheidung auf das Privatrechtsverhältniß.

§ 144. Die privatrechtliche Bedeutung des Urtheils folgt aus seiner Eigenschaft als Rechtsfeststellungs-, Rechtsvergewisserungsakt. Diese Eigenschaft hat das Sachurtheil aber in allen Fällen, selbst in denjenigen, in denen ihm eine sog. konstitutive Wirkung beigelegt wird. Denn auch zur Herstellung eines privatrechtlichen Zustandes ist der Richter nur dann befugt, wenn die Partei auf diesen Zustand einen von der Privatrechtsordnung gegebenen Anspruch hat. So kann eine Ehe nicht geschieden werden, wenn nicht das Recht der Partei auf Auflösung des von der andern Partei verletzten ehelichen Verhältnisses als vorhanden erklärt wird. Diese Urtheile unterscheiden sich von den lediglich feststellenden nur dadurch, daß sie das, worauf die Partei ein Recht hat, selbst zur Ausführung bringen, in Fällen, in denen die Privatrechtsordnung die Herstellung gewisser Zustände aus rechtspolitischen Gründen dem Machtkreise der Parteien entzogen und auf den Staat übertragen hat.

Die im Urtheil geschehende Rechtsfeststellung ist Staatsakt, aber der Staatsakt setzt sich nur an die Stelle der im vorliegenden Falle unterbliebenen Parteihandlung.

---

[179]) Z. B. von Bolgiano, Archiv f. civ. P. Bd. 59, S. 420 ff.

Digitized by Google

Aus seiner Eigenschaft als Bethätigung der Staatsgewalt folgt die bindende Wirkung des Urtheils. Dasselbe spricht aus, was der Wille der Privatrechtsordnung hinsichtlich desjenigen einzelnen Lebensverhältnisses ist, das den Gegenstand des Prozesses und demnach der richterlichen Entscheidung bildete. Damit verwandelt es die über allen Lebensverhältnissen gleicher Art waltende allgemeine (abstrakte) Rechtsnorm in ein das besondere Verhältniß gerade dieser Parteien regelndes (konkretes) Rechtsgebot. Es setzt also die von der rechtschaffenden Gewalt begonnene Thätigkeit fort[180]): es ist Gesetz, allgemeiner gesagt, objektives Recht für den einzelnen Fall. Darum hat das Urtheil dieselbe Verpflichtungskraft wie das Gesetz. Gleichwie dieses auch dann seine zwingende Macht bethätigt, wenn es für den Einzelnen eine Unbilligkeit enthält, so das Urtheil auch dann, wenn es ungerecht ist. Man hat also nicht nöthig, zu der Form der Fiktion zu greifen[181]), um mit den Worten, das Urtheil *gelte* als wahr, denselben Grundsatz auszusprechen, der hier auf die Eigenschaft des Urtheils als einer Willensäußerung der rechtschaffenden Gewalt zurückgeführt worden ist[182]).

Diese Verpflichtungskraft nennt man *materielle Rechtskraft*; sie kann nur dem unanfechtbaren Urtheil zur Seite stehen, weil nur dieses die endgültige Erklärung der Staatsgewalt enthält. Da indeß das Urtheil nur an die Stelle der im vorliegenden Falle nicht beliebten Parteiwillenserklärung tritt, so muß die Rechtskraft einerseits so weit und kann andrerseits nicht weiter reichen als die Verfügungsmacht der Partei. Dieser Grundsatz muß bei der häufig schwierigen Erörterung der Frage, ob der Einwand der rechtskräftig abgeurtheilten Sache begründet sei, den Ausgangspunkt bilden.

Beispiel: Das Urtheil spricht aus, der Beklagte solle an den Kläger eine Darlehnsschuld zurückzahlen. Diesem Urtheil unterliegen auch die Erben des Be-

---

180) Vgl. Bülow, Archiv f. civ. P. Bd. 62, S. 92 ff. Derselbe: Gesetz und Richteramt. Wach, Vorträge S. 75. Merkel, Encyklopädie § 347.

181) v. Savigny, System VI, S. 261.

182) Die Anwendung dieses Grundsatzes für das mittelalterlich-deutsche Recht und den römischen Formularprozeß s. in den Einzeldarstellungen dieser Prozeßsysteme.

Digitized by Google

klagten. Denn auch der Darlehnsvertrag verpflichtete die Erben.

Wenn A wegen einer ihm angeblich gegen B zustehenden Forderung Klage erhebt, mit dieser aber abgewiesen wird, weil jene Forderung nicht bestehe, so ist auch der Cessionar des A an diese Feststellung gebunden. Denn wenn der A seinen Willen erklärt hätte, daß jene Forderung nicht ferner bestehen solle (bei Erlaß oder vertragsmäßiger Aufrechnung), so würde er diese Forderung durch Abtretung nicht wieder haben ins Leben rufen können. Da nun nach der deutschen W.-O. das Indossament nicht das Recht des Indossanten überträgt, sondern für den Indossatar ein selbständiges Recht begründet, so kann ein Urtheil, das die Wechselklage wegen Bestehens einer aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnisse entnommenen und gegen diesen Kläger unmittelbar begründeten Einrede abweist, dem Indossatar nicht entgegen gehalten werden (vgl. Art 82 W.-O. und §§ 236, 238 C.-P.-O.).

A behauptete das Recht, durch das Gehöft des B fahren zu dürfen. Da B ihn an der Durchfahrt hindert, klagt er auf Anerkennung des Servitut und erzielt ein seinem Antrage entsprechendes Urtheil. Als er nun die Durchfahrt abermals versucht, wirft ihm die Frau des B einen Klotz in den Weg und erklärt, das gegen ihren Mann gerichtete Urtheil gehe sie nichts an. A klagt nunmehr von neuem mit der actio confessoria gegen die Frau, welche einen die Entstehung des klägerischen Rechts in Frage stellenden Einwand erhebt. Allein dieser Einwand muß unter Hinweis auf das zwischen A und B erlassene Urtheil verworfen werden. Denn jenes Urtheil hat dieselbe Kraft, wie ein von B mit A geschlossener, auf Begründung der Servitut gerichteter Vertrag gehabt haben würde. Dieser Vertrag hätte dem A ein dingliches Recht an dem Grundstücke des B gegeben, welches gegen jeden Dritten, also auch gegen die Frau des B wirkte.

Es kann durch Urtheil nicht eine unmögliche Handlung geboten werden, da eine solche auch durch Willenserklärung nicht gültig übernommen werden könnte. Eine Person, die kein Dasein hat, also auch ein Personen-

Digitized by Google

verein, der als solcher nicht Parteifähigkeit besitzt, kann nicht gültig verurtheilt oder für berechtigt erklärt werden. Eben so ist ein gegen eine handlungsunfähige Person, die der gesetzlichen Vertretung ermangelt, gerichtetes Urtheil nichtig, weil sie weder auf ihren Anspruch verzichten noch einen solchen gegen sich begründen konnte.

Da die Parteien die vom Richter getroffene Rechtsfeststellung gewollt haben und dieser ihr Wille kraft der Dispositionsmaxime für den Richter bindend ist, so kann Verpflichtungskraft auch nur diejenige Entscheidung erlangen, welche die von den Parteien begehrte Rechtsfestellung enthält. Darum geht die über den privatrechtlichen Anspruch des Klägers getroffene Entscheidung stets in Rechtskraft über, denn diese eben enthält jenes Rechtsgebot, auf welches sämmtliche Prozeßhandlungen der Parteien hinarbeiten. Ebenso einleuchtend ist es, daß Thatsachenfeststellungen unmöglich rechtskräftig werden können, denn die Erklärung, daß eine Thatsache wahr oder nicht wahr sei, ist kein Rechtsgebot, also nicht verpflichtend. Desgleichen geht demjenigen Urtheile die materielle Rechtskraft ab, welches entgegen dem Willen der Parteien die verlangte Rechtsfeststellung aus dem Grunde ablehnt, weil eine solche bei der Mangelhaftigkeit der Parteierklärungen nicht angängig gewesen sei. Weist ein solches Urtheil, wie es bei Uebung des Fragerechtes nicht wohl vorkommen kann, die Klage ab, so ist mit demselben nichts weiter gewonnen als die Erklärung des Richters, daß er eine Rechtsfeststellung nicht getroffen habe: es steht also trotz des Urtheils noch nicht fest, ob der Anspruch des Klägers vorhanden ist. In allen den zahlreichen Fällen aber, in denen das Urtheil über den Klageanspruch das Ergebniß von Erwägungen bildet, die der Richter über andere Rechte der Parteien als gerade über den Klageanspruch anstellen mußte, kann die Frage entstehen, ob nicht die Erklärung des Richters auch über diese Rechte Verpflichtungskraft erlange. Man nehme den einfachen Fall an, der mit der rei vindicatio Belangte setzte der Klage die exceptio hypothecaria entgegen. Weist der Richter die Klage um deswillen ab, weil er das vom Beklagten behauptete Pfandrecht für dargethan erachtet, oder verurtheilt er den Beklagten, weil derselbe ein Pfandrecht nicht habe, so frägt es sich, ob die Entscheidung über dieses Pfandrecht in Rechtskraft übergeht oder nicht. Wer die Rechtskraft der Urtheils-

Digitized by Google

gründe behauptet[184]), muß diese Frage bejahen. Aber der Rechtskraftfähigkeit der Gründe steht der Umstand entgegen, daß der durch Urtheil entschiedene Prozeß nicht zu dem Zwecke angestellt war, um eine Entscheidung über jene „Elemente" des Urtheils, d. i. in dem gewählten Beispiel: über das Pfandrecht des Beklagten, sondern um ein Urtheil über Bestehen oder Nichtbestehen des klägerischen Anspruchs d. i. in dem gewählten Beispiel: des klägerischen Eigenthumsanspruchs zu erlangen. Der Einwand des Beklagten hatte eine selbständige Bedeutung nicht, er diente nur dem Zwecke der Vertheidigung gegen den Klageanspruch[185]).

Regelmäßig sind die Parteien nicht gehindert, durch Bethätigung ihrer privatrechtlichen Verfügungsfreiheit eine von dem Inhalt des Urtheils abweichende Feststellung zu treffen; denn das Urtheil ersetzte eben nur eine Privatwillenserklärung. Dieser Grundsatz muß eine Ausnahme da erleiden, wo die Verfügungsmacht der Parteien an dem entgegenstehenden allgemeinen Interesse ihre Schranke findet. Auch hier giebt es kein deutlicher sprechendes Beispiel als das eine Ehe trennende oder für ungültig oder nichtig erklärende Urtheil. Ein solches kann durch keine Parteiverabredung außer Kraft gesetzt werden.

Mit dieser Maßgabe steht es denn auch in der Macht der Partei, einem schon rechtskräftig abgeurtheilten Anspruche die Einrede der Rechtskraft (exceptio rei judicatae) entgegenzusetzen. Diese Einrede will verhindern, daß ein Rechtsgebot erlassen werde, das mit einem schon vorhandenen in Widerstreit treten und also an Stelle der durch das erste Urtheil gewonnenen Rechtsgewißheit neue Rechtsungewißheit setzen oder das neben der bereits vorhandenen eine zweite Verpflichtung aussprechen könnte. Es folgt hieraus, daß diese Einrede immer dann begründet ist, wenn die Möglichkeit des Widerspruchs oder der Wiederholung eines schon vorhandenen Rechtsgebotes obwaltet. Dem gleichen Zwecke wie diese dem Privatrecht angehörende dient die dem Prozeßrecht entnommene Einrede der Rechtshängigkeit. Diese will die Begründung eines ferneren Prozeßrechtsverhältnisses verhindern, wenn wegen eines gleichen Anspruchs schon ein anderes Prozeßrechtsverhältniß begründet ist. Denn so viele

[184]) v. Savigny, System VI, S. 350 ff.

[185]) Diese Auffassung war die herrschende und ist die in § 293 C.-P.-O. zum Gesetz erhobene.

Digitized by Google

Prozeßverhältnisse entstehen, so viele Sachurtheile können erlassen werden. Die Einrede der Rechtshängigkeit unterscheidet sich daher von der Einrede der Rechtskraft nur darin, daß die letztere sich auf ein unanfechtbares und materiell rechtskräftiges Urtheil beruft, während erstere das Bestehen eines noch schwebenden Prozeßverhältnisses behauptet, aber begründet ist auch sie, wenn unter Voraussetzung der in dem einen Prozesse schon gefällten rechtskräftigen Sachentscheidung die Einrede der Rechtskraft begründet sein würde.

II. Der Gang des Prozesses[186]).

§ 145. Ueber die rechtliche Bedeutung der einzelnen Prozeßhandlung entscheidet das Wesen des Civilprozesses als eines Parteien und Richter verbindenden Rechtsverhältnisses (§ 45), die Reihenfolge dieser Handlungen wird bestimmt durch die Ordnung des Verfahrens (§ 23).

Die Nothwendigkeit dieser Ordnung folgt aus der Mehrheit und der Verschiedenartigkeit der in jedem Prozesse möglichen Prozeßhandlungen[187]). Selbst der einfachste Prozeß nämlich verlangt doch immer ein Handeln der Partei und ein durch diese Thätigkeit bedingtes Handeln des Richters; allein so einfach verlaufende Prozesse bilden die Ausnahme. Die vielen einzelnen nicht allein möglichen, sondern der Regel nach auch thatsächlich vorkommenden Handlungen dienen zwar sämmtlich dem Prozeßzwecke, sind aber keineswegs geeignet, diesen Zweck unmittelbar zu erreichen, vielmehr verfolgt jede einzelne von ihnen einen untergeordneten, aber das weitere Vorwärtsschreiten bedingenden Zweck. Hieraus folgt die Unzulässigkeit nicht allein einer Häufung auf verschiedene Zwecke gerichteter Prozeßhandlungen, sondern auch nachträglicher Vornahme von Prozeßakten, die sich auf einen bereits erreichten Zweck beziehen und also den einmal gewonnenen Erfolg wieder in Frage stellen. Die Bestimmung der zu durchlaufenden Stufenfolge ist die Aufgabe der Ordnung des Verfahrens.

---

[186]) Von Wach, Handbuch I § 8 „Rechtsgang" genannt.

[187]) Vgl. namentlich v. Ihering, Geist des römischen Rechts, Bd. III, S. 24. Auch Manfredini: il procedimento civile e le riforme pag. 163.

Digitized by Google

Diese ist entweder eine vom Gesetze unterschiedslos für jeden Prozeß und für alle in ihm vorzunehmenden Handlungen von vornherein oder eine vom Richter nach den Besonderheiten des einzelnen Prozesses festgesetzte Norm. Man spricht im ersteren Falle von dem Grundsatze der formalen, im zweiten von dem der arbiträren Ordnung und bezeichnet damit Extreme[188]). Aber wie überall so birgt auch hier die Ueberspannung des einmal zur Richtschnur erhobenen Grundsatzes Gefahren in sich: die Strenge des Formenzwanges verweist die Verwirklichung des vielleicht klar zu Tage liegenden Rechtes auf einen umständlichen und für das Recht der Parteien bedrohlichen Weg, das freie Ermessen des Richters dagegen, dessen Meinung von den besonderen Bedürfnissen der Parteien im Laufe eines einzigen Prozesses dem Wechsel ausgesetzt ist, kann zur Willkür werden. Eine feste Ordnung erweist sich überall als unentbehrlich, aber sie braucht nur die Schranke zu bilden, innerhalb deren der Individualität des konkreten Falles die gebührende Rücksicht angedeihen kann[189]). In richtiger Erkenntniß der Mannigfaltigkeit möglicher Rechtsschutzbedürfnisse haben verschiedene Prozeßsysteme eine feste Stufenfolge sich wechselseitig bedingender Prozeßhandlungen nur für den Regelfall aufgestellt, für Ausnahmen aber entweder dem richterlichen Ermessen Spielraum gegeben oder eine Durchbrechung der Ordnung zugelassen. Man unterscheidet dann das ordentliche vom außerordentlichen Verfahren.

Die Ordnung des Verfahrens erheischt

1. daß die Prozeßhandlungen in gewisser Reihenfolge und
2. daß sie zu bestimmter Zeit und an bestimmtem Orte vorgenommen werden.

A. Die Reihenfolge der Prozeßhandlungen.

§ 146. Der einzelnen Prozeßhandlung wird ihre Stellung im Gange des Verfahrens angewiesen durch ihren Zweck. Nun ist Zweck des Feststellungsverfahrens das richterliche Urtheil, Zweck des Vollstreckungsverfahrens die Verwirklichung des festgestellten Anspruchs.

---

[188]) Menger, System des österreich. Civilprozesses, S. 319.

[189]) Cosack: Formzwang und Elastizität des Verfahrens im modernen Civilprozeß in „Juristische Abhandlungen. Festgabe für Beseler." S. 95 ff.

Digitized by Google

Ein Urtheil über den privatrechtlichen Anspruch des Klägers aber wird nur dann erlassen, wenn das Prozeßverhältniß und mit ihm die Pflicht des Richters zur Sachentscheidung begründet worden ist. Hieraus ergiebt sich, daß die auf Prozeßbegründung gerichteten Handlungen die ersten sein müssen, mit denen der Prozeß beginnt. Ihnen muß nothwendig die Stoffvorlage folgen. Diese wiederum besteht in den zahlreichsten Fällen aus Behauptungen und Beweisen, also aus Thätigkeiten, die den gemeinschaftlichen Zweck verfolgen, dem Richter die thatsächliche Urtheilsgrundlage zu verschaffen, die aber für sich betrachtet doch wieder verschieden geartet sind. Dieser Umstand und die nicht seltene Unausführbarkeit des Vorhabens, den Richter von der behaupteten Thatsache auch sofort zu überzeugen, gebieten regelmäßig die zeitliche Trennung jener Thätigkeiten in der Weise, daß man zuerst die Behauptung und dann erst den Beweis verlangt. Die Stoffvorlage wird beendet durch das Urtheil, ihm folgen eintretendenfalls die Rechtsmittel, jedenfalls aber diejenigen Handlungen, welche den Eintritt der formellen Rechtskraft des Urtheils bezwecken. Und wiederum entspricht es dem Grundsatze der Ordnung, die Vollstreckung nur des unanfechtbaren Ausspruchs des Richters zu gestatten, also das Vollstreckungsverfahren dem Feststellungsverfahren folgen zu lassen.

So ergiebt sich für das ordentliche Verfahren im Allgemeinen folgender Gang:

I. Die Prozeßbegründung.

II. Die Erledigung des Prozeßverhältnisses.

1. Die Prozeßverhandlung und zwar
   a. Behauptungen, b. Beweise.

   Endurtheil (Rechtsmittel).

2. Das Vollstreckungsverfahren.

§ 147. Das Prozeßgründungsverfahren hebt sich nicht immer als ein eigener Abschnitt äußerlich erkennbar von dem zweiten, der Stoffvorlage gewidmeten Theile des Prozesses ab. Denn zahlreiche Prozeßsysteme lassen das Prozeßverhältniß entstehen mit einer nicht ausschließlich der Prozeßgründung, sondern mit einer zugleich der Prozeßverhandlung dienenden Thätigkeit, so daß wenn sie jenen ersten Zweck erreicht hat, auch gleichzeitig für die Stoffvorlage ein Schritt

Digitized by Google

gethan ist. Nur wenn sie jene erstere Wirkung thatsächlich oder doch nach der Behauptung des Beklagten nicht hatte, entsteht das Bedürfniß einer ausschließlich der Frage nach der erfolgten Prozeßgründung gewidmeten Verhandlung und Entscheidung.

Der der Prozeßverhandlung dienende Abschnitt des Verfahrens begreift mit Behauptungen und Beweisen Thätigkeiten in sich, zwischen denen eine begriffliche Verschiedenheit obwaltet. Aber diese Verschiedenheit erheischt keineswegs die äußerliche Sonderung jener Thätigkeiten in getrennte Unterabschnitte des Prozesses. Ihre Verbindung ist in zweifacher Weise möglich.

Es kann nämlich geschehen, daß die Partei die Thatsachen, die sie behauptet, gleichzeitig beweist, so zwar daß der Beweis die Behauptung in sich aufnimmt. Durchführbar ist diese Verbindung nur in der Weise, daß die Partei die Beweismittel gleich mit vor Gericht bringt und diese an ihrer Statt reden läßt, was wiederum nur bei einem streng mündlichen Verfahren möglich ist. Behauptungen und Beweise unterscheiden sich bei diesem Verfahren nicht von einander. Die Verbindung ist ferner in der Weise möglich, daß jede Thatsache, die der Richter als Urtheilsgrundlage verwerthen soll, zunächst nur behauptet und dann erst bewiesen wird, daß aber während oder nach der Führung des Beweises wiederum neue Behauptungen aufgestellt werden dürfen, die vielleicht ihrerseits wieder des Beweises bedürfen.

Die erste Art der Verbindung ist im Civilprozesse in den weitaus zahlreichsten Fällen undurchführbar. Selbst im Strafprozesse, in welchem das Stadium der Prozeßverhandlung regelmäßig durch eine Untersuchung vorbereitet wird, treten so häufig neue Gesichtspunkte und mit diesen neue beweisbedürftige Thatsachen hervor, daß eine Vertagung der Verhandlung erforderlich wird. Im Civilprozesse aber tritt die Partei mit der fertigen Klage und der fertigen Gegenerklärung vor Gericht. Die Vorbereitung des Prozesses müssen also die Parteien selbst vornehmen. Dazu fehlt es ihnen nicht selten an dem erforderlichen Geschick, viel häufiger aber an den zu einer erfolgreichen Klarlegung der erheblichen Thatsachen nöthigen Machtmitteln.

Die zweite Art der Verbindung bedroht den Prozeß mit der Gefahr der Verwirrung und unverhältnißmäßig langer Dauer. Eine Verwirrung ist möglich, weil das nach-

Digitized by Google

trägliche Vorbringen immer neuer Thatsachen und neuer Beweise für den Richter die Uebersicht des Streitstoffes erschwert, und die Gefahr der Verzögerung, ja der Verschleppung des Prozesses ist eine Folge der den Parteien gebotenen Möglichkeit, den Prozeßstoff stückweise vor den Richter zu bringen, mit entscheidenden Thatsachen vielleicht absichtlich zurückzuhalten und die Beweisaufnahme als ein bequemes Mittel zur Erlangung derjenigen Thatsachenkenntniß zu betrachten, die sich die Parteien vor Beginn der Prozeßverhandlung hätten selbständig verschaffen sollen. Darum ist sie ganz ungeeignet überall da, wo eine jede Beweisführung mit besonderen Gefahren oder mit erheblichen Vermögensverlusten verknüpft ist. So gehören heutzutage Fälle, in denen Zeugen vernommen werden über Thatsachen, die sich bei späterem Vorbringen neuer Thatumstände als unerheblich erweisen, und daß die Reisen dieser Zeugen den Werth des Streitgegenstandes erschöpfen oder übersteigen, gar nicht zu den Seltenheiten. Wie viel mehr aber noch stand unter der Herrschaft des mittelalterlich-deutschen Prozesses für die Partei auf dem Spiele, wenn sie es in Folge Zurückhaltens mit erheblichen Thatsachen dahin brachte, daß der Prozeß durch einen Eid ihres Gegners oder durch ein für sie hoffnungsloses Gottesurtheil entschieden wurde.

Die Herrschaft so gewichtiger Beweismittel wie die letztgenannten führt von selbst zur schärfsten Trennung von Behauptungen und Beweisen. Anderwärts haben Erwägungen, wie die oben mitgetheilten, dazu geführt, den in Geltung stehenden Grundsatz der Verbindung von Behauptung und Beweis aufzugeben und eine strenge Sonderung dieser Thätigkeiten anzuordnen, so zwar daß zunächst ausschließlich alle irgend sachdienlichen Behauptungen vorgebracht und dann erst der Beweis der vom Richter als erheblich bezeichneten Thatsachen unternommen werde. Sie ermöglicht dem Richter den Ueberblick über die sämmtlichen von beiden Seiten gewechselten Behauptungen, gestattet ihm deshalb die Zusammenfassung aller etwa erheblichen Beweise in einem einzigen Beweisverfahren und die Fällung des Urtheils alsbald nach Beendigung dieses Verfahrens, sie verhindert endlich die Zersplitterung der richterlichen Denkarbeit auf viele einander durchkreuzende Fragen.

Digitized by Google

Wenn hier bisher von Verbindung und Trennung der Behauptungen und Beweise die Rede war, so wurden damit die Gegensätze der bloßen Thatsachenaufstellung und der Beweisführung bezeichnet. Die Beweisführung beginnt naturgemäß mit der Benennung der Beweismittel für die zu beweisende Thatsache d. i. mit der Beweisantretung. Eine Herübernahme der Beweisantretung in jenen den Behauptungen gewidmeten Abschnitt hebt, wie der frühere preußische und der österreichische Prozeß klarlegen, jenes Prinzip der Trennung nicht auf, denn die Beweisantretung ist lediglich die Einleitung der Beweisführung, diese letztere besteht in der Benutzung der angegebenen Beweismittel[190]). Diese Verbindung der Behauptung mit der Beweisantretung nennt man zuweilen, aber nicht ganz zutreffend, Beweisverbindung, häufiger Anticipation der Beweisantretung. Sie hat den Nachtheil, daß in dem ersten Abschnitt der Prozeßverhandlung Parteierklärungen gehäuft werden, die sich nachher vielleicht als unnöthig herausstellen und daß damit die Aufmerksamkeit des Richters von der Frage nach der Erheblichkeit der aufgestellten Thatsachen auf die Frage nach der Zulässigkeit und Zweckdienlichkeit der bezeichneten Beweismittel wenigstens zum Theil abgelenkt wird. Sie hat aber den weit überwiegenden Vorzug, daß man einen besonderen, bloß der Beweisantretung dienenden und damit nicht genügend ausgefüllten Prozeßabschnitt erspart, daß die unmittelbar entscheidenden Thatsachen von den bloßen Indizien gesondert werden müssen, dem Richter also schon vor einer vielleicht kostspieligen und dann sich als verfehlt herausstellenden Beweisführung die Prüfung der Schlüssigkeit angeführter Indizien ermöglicht wird und daß die Partei vor ihrer Behauptung selbst eine sorgfältigere Prüfung der Stichhaltigkeit ihres Vorbringens anstellt.

Die Grenze der beiden nach dem Grundsatze der Trennung von einander gesonderten Prozeßabschnitte, die „Cäsur" des Verfahrens, wird gebildet durch die Anordnung des Richters, daß und worüber Beweis geführt werden solle.

Diese Anordnung ist stets prozeßleitender Natur, aber sie ist entweder nichts weiter als Prozeßleitungsthätigkeit

[190]) Vgl. Planck, Beweisurtheil S. 367 ff. v. Bar, Recht und Beweis S. 59 ff.

Digitized by Google

oder daneben noch Entscheidung. Ist sie nur prozeßleitend, so theilt sie mit allen Richterhandlungen gleicher Gattung die Eigenschaft der Widerruflichkeit, ist aber der selbständigen Anfechtung durch Rechtsmittel entzogen. Ist sie gleichzeitig Entscheidnng, Urtheil, so bindet sie den Richter, der sie erlassen, aber sie ist der formellen Rechtskraft fähig und daher, bis diese eintritt, der Anfechtung durch Rechtsmittel ausgesetzt. Zahlreiche Prozeßsysteme nämlich haben in dem Antrage der Partei, über Beweislast und Beweissatz eine dem Antragsteller günstige Bestimmung zu treffen, die Geltendmachung eines auf Einräumung eines prozessualischen Vortheils gerichteten Rechtsschutzanspruchs erblickt und sind deshalb dahin gelangt, ein Urtheil des Richters über Beweissatz und Beweislast zur Vorbedingung jener prozeßleitenden eine Beweisführung verlangenden Anordnung zu machen. Die Unwiderruflichkeit des Beweisurtheils zieht die Folge nach sich, daß es nur ein einziges Beweisurtheil im Prozesse oder wenigstens in derselben Instanz geben kann. Denn jedes fernere Beweisurtheil würde eine Aenderung, einen Widerruf des früheren enthalten. So zeigt sich, daß die Urtheilseigenschaft der Beweisanordnung mit dem Grundsatze der Trennung des Behauptungs- und Beweisverfahrens in gegenseitigem ursächlichen Verhältniß steht. Denn nur wenn in dem ersten Abschnitte des Verfahrens alles vorgetragen ist, was vom Richter berücksichtigt werden darf, ist eine endgültige Entscheidung darüber, auf den Beweis welcher Thatsachen es in diesem Prozesse ankommt und welcher Partei die Beweisaufgabe zufällt, möglich, und wiederum hat die Unwiderruflichkeit des Beweisurtheils die Aussichtslosigkeit jedes späteren Vorbringens zur Folge.

Die Nothwendigkeit eines Urtheils schon an dieser Stelle hat deshalb alle die Nachtheile, die eine strenge Gliederung des Verfahrens in unübersteigliche Abschnitte nothwendig nach sich zieht und die im folgenden § werden besprochen werden. Die ausschließliche Berücksichtigung hier der Behauptungen und hier der Beweisergebnisse macht das Beweisurtheil zum Feinde der Mündlichkeit des Verfahrens und der freien Beweisprüfung. Es kann gar nicht ausbleiben, daß erst durch die Beweisaufnahme Thatsachen an den Tag gebracht werden, die von den Parteien nicht behauptet sind und also vom Richter nicht berücksichtigt werden dürfen, welche die Ueberzeugung des letzteren aber unwillkürlich

Digitized by Google

beeinflussen. Die Vorzüge der Mündlichkeit hat nur das Behauptungsstadium des Prozesses, die Ergebnisse der Beweisaufnahme aber werden an der Hand des schriftlichen Beweisurtheils geprüft. Sei es nun, daß neue erst durch die Beweisführung zur Kenntniß des Richters kommende Thatsachen eine andere Beurtheilung der Sachlage bedingen, als von welcher der Richter bei Erlaß des Beweiserkenntnisses ausgegangen war, sei es daß der Richter bei nochmaliger Erwägung des ihm schon bekannten Streitstoffes eine richtigere Ansicht von der Sachlage gewinnt, so nöthigt ihn die bindende Kraft des Beweisurtheils, entweder wider bessere Ueberzeugung ein falsches Urtheil zu erlassen oder den Beweisergebnissen Gewalt anzuthun. Die Parteien aber werden genöthigt, auch die entferntesten Möglichkeiten zu berücksichtigen, mit jedem nur denkbaren Beweisergebnisse zu rechnen, und da hier oder dort das Beweisverfahren ein nachtheiliges Ergebniß haben könnte, sofort durch einen Gegenbeweis der Gefahr des Unterliegens vorzubeugen. Die Folge davon ist die Häufung einer großen Anzahl von Thatsachen, deren Behauptung sich nachträglich als unnöthig erweist, eine unverständliche Schwerfälligkeit der Beweisurtheile und eine häufig beträchtliche Dauer des Beweisverfahrens. Denn bei der Unabänderlichkeit des Beweisurtheils müssen ja alle von ihm angeordneten Beweise aufgenommen werden, während vielleicht der Beweis einer einzigen Thatsache genügt hätte, dem Richter die für ihn nöthige Ueberzeugung zu verschaffen. Hierzu tritt noch die Anfechtbarkeit des Beweisurtheils. Bei der Wichtigkeit desselben als der endgültigen Entscheidung über die Beweislast und als der für den weiteren Fortgang des Verfahrens unverrückbaren Feststellung des Beweissatzes bildet es den wenngleich durch das Beweisergebniß bedingten, so doch den in Wahrheit prozeßentscheidenden Ausspruch des Richters. Denn die Frage, welche Thatsachen für die Entscheidung wesentlich sind und welche Partei dieselben zu beweisen hat, kann ohne rechtliche Beurtheilung des dem Richter vorgelegten Thatsachenmaterials nicht beantwortet werden. Das ihm nachfolgende Endurtheil dagegen zieht aus dem Beweisurtheil einerseits und dem Beweisergebniß andrerseits nur das Facit und steht deshalb an Bedeutung weit hinter dem Beweisurtheil zurück. Darum ist es für die Partei, die mit der Beurtheilung des Streitfalles nicht einverstanden ist, oder eine andere Vertheilung der Beweislast wünscht, geboten,

Digitized by Google

ihren Angriff gegen das Beweisurtheil zu richten und ihn mit allen zulässigen Rechtsmitteln zu verfolgen. Ist dann das Beweisurtheil endlich rechtskräftig geworden, so sind vielleicht die wichtigsten Zeugen gestorben oder es hat sie die Erinnerung an den zu bekundenden Vorgang verlassen.

Die in der Anmerkung[191]) mitgetheilten Beweisurtheile werden ein anschauliches Bild von diesem prozessualischen Institute gewähren.

---

[191]) Zink: „Ueber die Ermittelung des Sachverhaltes im französ. Civilprozesse." Bd. II. S. 338—340.

„Beweisauflage in zwanzig Gliedern über den Rechtsbestand oder die Nichtigkeit eines Testamentes. 1300 Fl. Erbschaft und vier Jahre Prozeß bis zur Rechtskraft des Beweisthemas."

Im Jahre 1839 starb ein alter Junggeselle Namens W in einem kleinen Dorfe und hinterließ 1300 Fl. Vermögen. Da derselbe nur entfernte Seitenverwandte hatte, so errichtete er fünf Tage vor seinem Tode ein Privat-Testament vor sieben Zeugen, worin er seinen Schwager M, bei welchem er überdies die letzten Jahre seines Lebens zugebracht hatte, zum Universalerben ernannte. Der letztere gelangte hiernach in den Besitz der Erbschaft und zahlte auch die Legate aus; erst 12 Jahre später thaten sich indessen im Jahre 1851 zwei Geschwisterkinder des Erblassers hervor und erhoben eine Nichtigkeitsklage wider das Testament mit einer hereditatis petitio ab intestato verbunden. Nach vier dickleibigen Schriften erfolgte in drei Instanzen ein Beweisinterlokut in vielen Absätzen und Punkten das oberstrichterliche erst im Jahre 1855, vier Jahre nach erhobener Klage. Der erstrichterliche Zwischenbescheid war folgenden Inhalts:

A. In Conventione:

I. Die Streitseinlassung sei pro pure geschehen zu erachten.

II. Kläger habe binnen 30 Tagen zu beweisen (d. i. den Beweis anzutreten. D. V.)
1) daß des Erblassers W halbürtige Geschwister A, B, C und D ohne Hinterlassung von Leibeserben mit Tod abgegangen seien;
2) daß auch dessen Neffe E mit Tod abgegangen sei;
3) daß die Großmutter des Erblassers Namens Anna P nach dem Ableben ihres Ehemannes Jakob P sich wieder mit Johanna Q verehelichte, und daß aus dieser Ehe zwei Kinder, nämlich Johann und Therese Q hervorgingen, sowie daß erstere ohne Leibeserben mit Tod abgegangen sei;
4) daß Therese Q sich mit Quirin Christoph verehelicht habe und aus dieser Ehe
5) Marie, Johann, Therese, Anna und Qurin Christoph hervorgingen; und endlich
6) daß die drei ersteren mit Tod abgegangen seien (die beiden letzteren waren nämlich die Kläger).

Digitized by Google

Ist die Beweisanordnung eine nur prozeßleitende Verfügung, so kann sie der Richter, der nachträglich zu einer richtigeren Beurtheilung der Sachlage gelangt, unausgeführt lassen oder einschränken oder durch eine andere ersetzen; er

---

III. Beklagter Johann M habe binnen derselben Frist zu beweisen, daß die Kläger durch concludente Handlungen (?) das Testament anerkannt hätten.

IV. Für den Fall, daß Kläger den ihnen sub II auferlegten Beweis geliefert, Beklagter aber seinen vorstehend (sub III) auferlegten Beweis nicht geliefert haben würde, steht dem ersteren binnen derselben Frist zu beweisen frei, daß Beklagter M und der Marktschreiber X (der Verfasser des Testaments) in den Erblasser mit anhaltenden und ungestümen Sollicitationen und Bitten so lange gedrungen haben, bis er zu Gunsten des M testirte.

V. Subeventuell, d. h. für den Fall, wenn ..... habe Beklagter innerhalb derselben Frist weiter zu beweisen

1) daß W zur Zeit seiner Testamentserrichtung bei vollkommen gesunden Geisteskräften war;
2) daß die in dem Testamente vom ..... enthaltene Unterschrift „Michael W" wirklich von diesem herrühre;
3) daß der Testator den Testamentszeugen erklärt habe, daß in dem von ihnen zu unterschreibenden Testamente sein letzter Wille enthalten sei;
4) daß die Testamentszeugen zum Testamentsakte eigens erbeten worden seien;
5) daß diese während des ganzen letzten Willensaktes sämmtlich gleichzeitig und ununterbrochen gegenwärtig gewesen seien;
6) daß Siegel und Unterschrift der Zeugen echt seien;
7) daß das Testament in uno actu continuo verfaßt wurde
8) daß das Testament in Gegenwart sämmtlicher sieben Zeugen vom Testator unterschrieben worden sei;
9) daß unter Beisetzung des Namens der schreibensunkundigen Zeugen X und Y dieser Akt der Schreibensunkunde (?) von einem der Mitzeugen bestätiget wurde, sowie daß die von ihnen gemachten Handzeichen von ihnen auch herrühren;
10) daß die Mehrzahl der Zeugen eigene Petschafte hatten;
11) daß die Mehrzahl der Zeugen bei ihrer Unterschrift bestätiget haben, daß der Testator seinen letzten Willen in dem von ihnen unterzeichneten Umschlage unterzeichnet habe;
12) daß der Testator einen Dritten mit Anfertigung des Testamentes beauftragte.

B. In Reconventione:

Die widerbeklagten Kläger seien von der gegen sie erhobenen Widerklage zu entbinden.

Diese Beweisauflagen wurden zwar in den höheren Instanzen mehrfältig reduzirt und namentlich im Punkte der Beweislast abgeändert, es blieb aber immer noch ein wahrer Koloß von Beweisgliedern übrig,

Digitized by Google

kann die ihm zunächst wichtigste Thatsache herausgreifen und weitere Beweisanordnungen bis nach dem Ergebnisse der zuerst verlangten Beweisführung verschieben. Damit werden nicht blos unnöthige Beweiserhebungen erspart, sondern das Beweisverfahren selbst wird erheblich vereinfacht. Dagegen kann es kommen, daß der Richter erster Instanz über eine in Wahrheit unerhebliche, nach seiner Meinung aber entscheidende Thatsache Beweis verlangt und erhebt, daß dann, nachdem erst gegen das Endurtheil ein Rechtsmittel eingelegt worden ist, der Irrthum des ersten Richters und damit die Unerheblichkeit der durch ein kostspieliges Beweisverfahren an den Tag gebrachten Thatsachen entdeckt wird, daß nun der zweite Richter eine andere Beweisanordnung erläßt, deren Erledigung ihm obliegt und seine Arbeit, die billig geschont werden muß für wichtigere Aufgaben, unnöthig vermehrt.

---

unter denen insbesondere der geforderte Beweis der Echtheit sämmtlicher Unterschriften des Testators wie der Zeugen seine Stelle behielt."

Zink II S. 345:

„a) Beklagter sei sich einzulassen schuldig.

b) Kläger habe zu beweisen, daß er dem Beklagten unterm ..... ein baares Darlehen von 1000 Fl. zu 5% verzinslich (und auf jedesmaliges Verlangen rückzahlbar) gemacht habe (und daß Beklagter hiervon noch 804 Fl. an Hauptsache schulde).

c) Beklagter habe zu beweisen, daß er am nämlichen Tage dem Kläger 15 Stück Darmstädter Loose als Faustpfand für ein mit 5 % verzinsliches Darlehen zu 1000 Fl. übergeben habe (und daß diese Loose im jetzigen Curse zu 100 Fl. stehen).

d) Eventuell habe Beklagter weiter zu beweisen, daß ihm Kläger ausdrücklich die Zusicherung ertheilt habe, daß er nicht eher an Kläger zu bezahlen schuldig sei, bis letzterer dem Beklagten die Loose zurückgegeben haben werde.

e) Subeventuell habe Kläger zu beweisen, daß ihm die in Frage stehenden, vom Beklagten zurückverlangten Loose bei einem in seiner Wohnung im November v. J. verübten Diebstahle mit Einbruch gestohlen worden seien (und daß er die höchste Sorgfalt eines Diligentissimus pater familias in deren Aufbewahrung verwendet habe und den Anforderungen der custodia nachgekommen sei.

f. Eventualissime habe der Beklagte noch zu beweisen, daß Kläger sämmtliche Loose wieder zurückerhalten habe (oder daß es dem Kläger durch Anwendung gesetzlicher und geeigneter Mittel durchaus möglich gewesen wäre, sich diese Loose wieder zu verschaffen."

Digitized by Google

Die Geschichte des Prozesses hat denn auch Vermittlungen gezeitigt zwischen diesen Systemen. So hat der französische Prozeß das sog. Beweisinterlokut der Appellation unterworfen, aber dem Richter selbst die Befugniß gegeben, dasselbe abzuändern. Die hannoversche Prozeßordnung vom 8. November 1850 hat das Beweisurtheil für unwiderruflich erklärt, aber die Anfechtbarkeit desselben bis nach Erlaß des Endurtheils hinausgeschoben, dann jedoch den Parteien die Wahl gestellt, das Beweisurtheil oder das Endurtheil anzugreifen.

Die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich hat mit gutem Grunde die Beweisanordnung zu nichts weiter als zu einer prozeßleitenden Verfügung gemacht.

§ 148. Daß der Beweis einer einzelnen Thatsache ihrer Behauptung nachfolgt, entspricht ganz dem natürlichen Verhältniß zwischen der Aufstellung und der Bewahrheitung des Beweissatzes. Aber die Trennung der gesammten Thatsachenbehauptungen von dem gesammten Beweisverfahren, sei es nun durch eine bloße Beweisverfügung oder durch ein Beweisurtheil entspricht diesem natürlichen Verhältniß nicht mehr, enthält vielmehr eine Anwendung des durch die künstliche Festsetzung von Präklusivstadien verschärften Grundsatzes der Reihenfolge, d. h. der gesetzlich geregelten Aufeinanderfolge der sich bedingenden Prozeßhandlungen[192]).

Präklusivstadien sind Verfahrensabschnitte, die lediglich der Vornahme auf einen bestimmten, besonderen Zweck gerichteter Handlungen dienen und nach deren Beendigung fernere demselben Zweck unterstellte Handlungen gültig nicht mehr vorgenommen werden können.

Die Gliederung des Prozesses in Präklusivstadien bietet mancherlei Vortheile. Sie gestattet die Vereinigung der gesammten Aufmerksamkeit und Arbeit von Richter und Parteien auf einen einzigen Gegenstand, sie sichert auch in umfangreichen Sachen den Ueberblick über den Streitstoff, den Parteien wie Richter beherrschen müssen, um ihn dem Prozeßzwecke gemäß verwerthen zu können, sie enthält namentlich

---

[192]) Vgl. v. Bar, Recht und Beweis S. 61. Birkmeyer, Grundriß S. 199. 200.

Digitized by Google

einen starken Antrieb für die Parteien, mit der Vornahme von Prozeßhandlungen nicht zu säumen.

Aber nicht darin besteht der Prozeßzweck, daß geurtheilt und der Streit der Parteien förderlich beseitigt werde, sondern darin, daß richtig geurtheilt und das wirkliche Recht zur Geltung gebracht werde. Richtig kann aber nur dann geurtheilt werden, wenn dem Richter gestattet ist, alle für die streitige Rechtsbeziehung der Parteien erheblichen Thatsachen zu berücksichtigen. Muß er relevante Thatsachen blos deshalb unbeachtet lassen, weil sie verspätet vorgebracht sind, so ist sein Urtheil auch wenn es ein Muster bildet für die akademische Behandlung von Rechtsfällen als Rechtsschutzleistung wertlos oder sogar schädlich, indem es statt Recht zu schaffen, den Zustand des Unrechts begründet oder besiegelt. Deshalb mag sich die Abschneidung späteren Vorbringens als Prozeß*strafe* rechtfertigen lassen für die nicht gerade häufigen Fälle, in denen die Parteien aus grober Saumseligkeit oder bösem Willen den Prozeß verschleppen, als unterschiedlos anzuwendendes *Prinzip* aber empfängt diese mechanische Prozeßabkürzung ihr Verdammungsurtheil in ihrer Prozeßzweckwidrigkeit, der gegenüber die anderen Vorzüge des Präklusionsprinzips nicht mehr ins Gewicht fallen können. Gerade die Handhabung eines Verfahrens ohne Präklusivstadien lehrt, wie häufig die Fälle sind, in denen die Parteien auch bei sorgfältiger Vorbereitung des Prozesses erst durch die unerwarteten Anführungen der Gegenpartei, durch überraschende Beweisergebnisse, insbesondere durch Bekundungen von Zeugen, die entweder jetzt erst die volle Wahrheit sagen oder sie gerade jetzt entstellen, namentlich aber auch durch Ausübung des richterlichen Fragerechts auf die richtige Art der Rechtsverfolgung und auf die eigentlich entscheidenden Thatsachen hingeführt werden.

Es frägt sich indeß, ob nicht auch bei grundsätzlicher Zulassung neuen Vorbringens jene Vorzüge des Präklusionsprinzips erreicht werden können. Die Bejahung oder Verneinung dieser Frage hängt von dem Umfange ab, den man dem richterlichen Prozeßleitungsrecht giebt.

Die namentlich in einem mündlichen Verfahren so nothwendige Uebersicht über die Masse des vorgetragenen oder zu erwartenden Prozeßstoffes läßt sich durch die Beschränkung der Verhandlung auf einzelne bestimmte Streitpunkte wahren. Der Richter, der diese Befugniß besitzt und von ihr Gebrauch

Digitized by Google

macht, ermöglicht sich selbst die Vereinigung aller Aufmerksamkeit und Denkarbeit auf die geistige Beherrschung eines einfachen und unter einheitlichem Gesichtspunkt stehenden Streitstoffes. Und was die Gefahr der Prozeßverzögerung anbelangt, so besteht diese bei Aufgabe des Präklusionsprinzips unvermindert nur in einem schriftlichen Verfahren, weil hier die Parteien die Macht haben, durch Einreichung immer neuer Schriftsätze die endliche Prüfung und Entscheidung hinauszuziehen. In einem mündlichen Verfahren dagegen schließt die gesammte Prozeßverhandlung mit der jedesmaligen Beendigung der Parteivorträge ab, und da die Parteien nicht wissen können, ob dem Richter nicht der so eben vorgetragene Prozeßstoff für sein Urtheil genügt, da sie also stets darauf gefaßt sein können, ein Urtheil verkündet zu hören, so ersetzt hier das Gebot der Klugheit das fehlende Gebot des Gesetzes, den Richter mit allen nur irgend erheblichen Thatsachen bekannt zu machen. Ein anderes Mittel hat man in dem von der französischen Praxis in einem mündlichen Verfahren ausgebildeten und nur in einem solchen durchführbaren Grundsatze der sog. Souveränetät des Gerichts erblickt. Darunter versteht man die Befugniß des Gerichts, Anführungen, die an sich betrachtet, erheblich sind, zurückzuweisen, weil sie nach Ansicht des Gerichts unwahrscheinlich oder nur zum Verschleif der Sache vorgebracht sind[193]). Einem Richter, dem diese Befugniß gewährt wird, ist die Versuchung nahegelegt, durch Willkürakte den Prozeß zu vereinfachen und damit mehr Schaden anzurichten, als das Präklusionsprinzip hervorrufen kann. Ihre Anwendung verlangt nicht nur die äußerste Gewissenhaftigkeit, sondern auch ein hohes Maß von Taktgefühl. Seinem Zwecke entspricht es allerdings vollständig.

Mit dem Präklusionsprinzip ist keineswegs identisch die Eventualmaxime. Denn während das erstere nur verlangt, daß alle einem bestimmten Zwecke dienenden Prozeßhandlungen in dem für sie bestimmten Verfahrensabschnitte vorgenommen werden, gebietet die letztere das gleichzeitige Vorbringen aller auf einen bestimmten Zweck gerichteten Behauptungen oder Beweismittel für den Fall (in omnem

---

[193]) Aus der zahlreichen Litteratur sei hervorgehoben Zink, Ermittelung des Sachverhalts im französ. Civilpr. I S. 157 ff., 193 ff. v. Bar, Recht und Beweis S. 67 ff. Wach, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 14 S. 355, Bd. 15 S. 347 ff.

Digitized by Google

eventum'), daß der beabsichtigte Zweck nicht schon durch eine Behauptung oder durch ein Beweismittel erreicht werden sollte. Man nennt sie auch das Prinzip der Konzentration der Rechtsbehelfe[194]). Sie bildet eine künstliche Uebertreibung des Präklusionsprinzips, welche die Parteien dazu veranlaßt, mehrere Behauptungen nebeneinander zu stellen, obwohl nur eine derselben wahr sein kann, und den Richter nöthigt, jede der gehäuften Erklärungen als ernst gemeinte hinzunehmen, obwohl sie durch eine andere gleichzeitig abgegebene gewissermaßen widerrufen wurde. Darum kann unter der Eventualmaxime z. B. folgende Art der Vertheidigung des Beklagten vorkommen.

„Vor allem bestreite ich, den Vertrag, aus dem der Kläger seinen Anspruch herleitet, geschlossen zu haben. Eventuell behaupte ich, daß ich bei Abschluß desselben nur als Vertreter meiner Ehefrau gehandelt und dem Kläger von diesem Vertretungsverhältniß Mittheilung gemacht habe. Sollte auch dieses Vorbringen keinen Erfolg haben, so wende ich ein, daß der Kläger auf Grund einer stattgehabten Berechnung seiner und meiner Forderungen erklärt hat, wegen aller seiner Ansprüche, die er bisher gegen mich erworben hatte, befriedigt zu sein. Schlimmstenfalls stelle ich nachfolgende Forderungen in Gegenrechnung." In einem Prozesse, welcher von den Grundsätzen der Mündlichkeit und freien Sachprüfung beherrscht wird, würde eine derartige Häufung einander widersprechender Erklärungen dahin führen, daß der Richter keine einzige berücksichtigte, weil er keiner einzigen vertraut.

Für eine so strenge Ordnung, wie sie das Präklusionsprinzip und mit ihm die Eventualmaxime bewirkt, ist ein Bedürfniß auch nur bei Schriftlichkeit des Verfahrens vorhanden. Hier ist strenge Ordnung aber auch unerläßlich. Der Prozeß würde in völlige Verwirrung gerathen, Parteien und Richter müßten alle Uebersicht über jeden nicht ganz einfachen Stoff verlieren, wenn den Parteien die Möglichkeit gewährt würde,

[194]) Auch über diesen Gegenstand verbreitet sich eine zahlreiche Literatur. S. namentlich v. Bar, Recht und Beweis S. 18 Anmerk. 14, S. 61 ff. Derselbe, Beweisurtheil S. 250. v. Canstein, rationelle Grundlagen S. 245 ff. Leonhardt, Beiträge zur Reform II, S. 37 ff. Wetzell, § 71. Renaud, § 79. Birkmeyer in v. Holtzendorffs Rechtslexikon 1880. I. S. 754. Briegleb, Einl. in d. summar. Prozeß S. 72. Manfredini: il procedimento civile e le riforme 1885 p. 150: Ma è cotesta una necessità dannosa ...

Digitized by Google

ihr Streitmaterial in immer neuen Schriftsätzen stückweise vorzubringen, früher Behauptetes zu widerrufen oder zu ändern, Beweisergebnisse zu neuen Anführungen, denen natürlich jedesmal eine Entgegnung von der andren Seite folgen müßte, zu benutzen. Der Streitstoff würde unmerklich einen Umfang annehmen, der dem Gegenstande des Prozesses nicht entspräche und mit diesem vielleicht nur in losester Verbindung stände. Die Schwerfälligkeit und Langsamkeit des schriftlichen Verkehrs würde dabei jedem ganz einfachen Prozesse eine unabsehbare Dauer geben.

Aber wiederum verlangen die strengen Ordnungsprinzipien ihrerseits ein schriftliches Verfahren. Nur wenn die Parteierklärungen unabänderlich niedergelegt sind und jederzeit nachgelesen werden können, kann der Richter beurtheilen, ob nicht die jetzt abgegebene Erklärung in einen früheren Prozeßabschnitt gehörte.

Unvereinbar aber ist der Grundsatz der Präklusion mit dem der Mündlichkeit. Da die Parteierklärung nach diesem zur Erscheinung kommt nur durch das unmittelbar an das Ohr des Richters und der Gegenpartei dringende gesprochene Wort, so vereinigt sich die gesammte Stoffvorlage in die mündliche Verhandlung, in welcher Behauptungen und Gegenbehauptungen einander unmittelbar folgen. Es ergiebt sich hieraus, daß die Parteien in dieser Verhandlung dem Richter *Alles* vortragen müssen, was sie als Urtheilsgrundlage verwerthet wissen wollen. Erläßt der Richter nach der Entgegennahme des Vortrages der Parteien nicht das Urtheil, so hat die Verhandlung den Zweck nicht gehabt, den sie haben sollte; sie ist ein bloßer Versuch geblieben, das Urtheil zu erlangen. Es muß also, wenn den Parteien nach wie vor an der richterlichen Entscheidung liegt, eine abermalige Verhandlung stattfinden; von dieser gilt dasselbe wie von jener erfolglos gebliebenen, d. h. die Parteien müssen *alles* vortragen, was der Richter als Urtheilsgrundlage verwerthen soll. Lag nun der Grund der Erfolglosigkeit jener ersten Verhandlung darin, daß der Richter den Beweis streitiger Thatsachen verlangte und daß dieser Beweis nicht sofort geführt werden konnte, so können nach der nun stattgehabten Beweiserhebung die nackten Beweisergebnisse für den Richter natürlich nicht genügen; er muß, um sie verwerthen, ja überhaupt verstehen zu können, die gesammten Thatsachen, welche die Parteien beachtet wissen wollen d. h. den ganzen Prozeßstoff erfahren.

Digitized by Google

Es müssen hier also Behauptungen und Beweise nebeneinander und gleichzeitig zur Kenntniß des Richters gelangen. Und es kann geschehen, daß der jetzt vorgetragene Stoff ein umfangreicherer ist, als der ehedem vorgelegte war. Denn da das gesprochene Wort verfliegt und die Erinnerung daran verblaßt, wäre es unmöglich, über das, was vorgetragen ist, eine so sichere Aufsicht zu üben, wie sie die Handhabung des Präklusionsprinzips verlangt. An die Stelle der Ordnungsprinzipien des schriftlichen Verfahrens, namentlich an die Stelle der Trennung von Behauptungen und Beweisen tritt die Einheitlichkeit des Prozeßverhandlungsabschnittes, und da die Prozeßverhandlung sich in der mündlichen Verhandlung zusammengedrängt, also die Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung.

Aber dieses Prinzip der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung darf nicht so verstanden werden, als könnte es nur eine einzige Verhandlung geben, so daß wenn thatsächlich mehrere Verhandlungen stattgefunden haben, zu der Fiktion gegriffen werden müßte, als sei diejenige Verhandlung, auf welche das Urtheil erging, die einzige gewesen. Mit dem Grundsatz der Einheitlichkeit sehr wohl verträglich ist die Rücksichtnahme des Richters auf das, was in einer früheren Verhandlung vorgetragen worden ist, vorausgesetzt, daß der Inhalt dieser früheren Verhandlung noch so lebhaft in der Erinnerung des Richters steht, daß er der Wiederholung desselben entrathen kann[195]).

B. Ort und Zeit der Prozeßhandlungen.

1. Der Ort.

§ 149. Nicht alle Parteihandlungen werden vor dem Richter vorgenommen, und nicht alle Richterhandlungen vollziehen sich an der Gerichtsstätte.

Was zunächst die Parteihandlungen anlangt, so darf die Eintheilung derselben in gerichtliche und außergerichtliche nicht von dem Orte hergenommen werden, an dem diese oder jene

---

[195]) Ueber den Grundsatz der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung vgl. insbesondere Leonhardt, Beiträge zur Reform II S. 47. v. Bar, Recht und Beweis S. 62 ff. Wach, krit. Vierteljahrsschr 14 S. 579 ff. v. Canstein, ration. Grundlagen S. 251 ff. und viele speziell auf die deutsche C.-P.-O. bezügliche Schriften.

Digitized by Google

Handlung vollzogen wird. Eine gewisse Ortsbeziehung kommt zum Ausdruck, wenn man als gerichtliche Handlungen diejenigen bezeichnet, welche vor dem Richter vorgenommen werden. Nur darf man diese Begriffsbestimmung nicht dahin verstehen, als wolle sie alle Thätigkeiten umfassen, die auch nur zufällig in Gegenwart des Richters vorgenommen werden. Vielmehr ist entscheidend, daß sich die gerichtliche Handlung der Partei an den Richter wendet und seine Thätigkeit unmittelbar bezweckt. Darum gehört zu den gerichtlichen Handlungen vornehmlich die gesammte Thätigkeit der Stoffvorlage, denn auch dann, wenn diese in der Abfassung und Einreichung von Schriftsätzen besteht, wendet sie sich an den Richter. Außergerichtliche Handlungen sind hiernach diejenigen, mit denen die Partei sich lediglich an die Gegenpartei oder mit denen sie sich an ein Rechtspflegeorgan wendet, welches unabhängig vom Richter funktionirt.

Ueberall wo der Richter eine Prozeßhandlung vornimmt, befindet sich das Gericht, mag er innerhalb oder außerhalb der für seine Thätigkeit eigens bestimmten Gerichtsstätte handeln. Jeder außerhalb dieser Gerichtsstelle liegende Ort wird Gerichtsort nur insoweit als der Richter ihn dazu macht. Darum können an ihm gültig nur diejenigen Handlungen vorgenommen werden, für welche ihn der Richter bestimmt hat. Wenn also der Richter ein Ackerstück, eine Fabrik betritt, um daselbst den gerichtlichen Augenschein einzunehmen, so wird der Acker oder die Fabrik, insoweit sie für jenen Zweck gebraucht werden, Gerichtsort.

§ 150. Nach der Zugänglichkeit oder Unzugänglichkeit des Ortes, an welchem gerichtliche Prozeßhandlungen vorgenommen werden und nach der durch diese Eigenschaft des Ortes bedingten oder ausgeschlossenen Wahrnehmbarkeit der an ihm vollzogenen prozessualischen Thätigkeit scheidet man Oeffentlichkeit und Heimlichkeit des Verfahrens[196]).

Aber die blos zufällige Wahrnehmbarkeit der Handlung genügt nicht für den Begriff der Oeffentlichkeit, es muß die Möglichkeit der Wahrnehmung hergestellt sein, damit man von einem Vorgange Kenntniß nehme (Oertliche — persön-

[196]) Auch dieser Gegenstand hat eine zahlreiche Literatur hervorgerufen. Hervorheben will ich: Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. 1821. I. S. 21 ff.

Digitized by Google

liche Oeffentlichkeit s. Feuerbach a. a. O. S. 30 ff.). Oeffentlich ist nach obigem eine Handlung ferner auch dann nicht, wenn nicht sie selbst, sondern nur der Bericht, daß sie geschehen, wahrnehmbar gemacht wird (unmittelbare — mittelbare Oeffentlichkeit).

Oeffentlichkeit des Verfahrens ist also die zum Zwecke der Kenntnißnahme hergestellte Möglichkeit, den Vorgang von Prozeßhandlungen wahrzunehmen.

Sie ist entweder

a) Parteienöffentlichkeit, wenn die Möglichkeit der Kenntnißnahme nur den Prozeßparteien,
b) allgemeine Oeffentlichkeit, wenn jene Möglichkeit auch den am Prozesse nicht betheiligten Personen gewährt wird.

Die erstere versteht sich da von selbst, wo die Parteien handelnd vor Gericht auftreten; die Gewährung der letzteren ist lediglich eine Frage der Rechtspolitik. Für den Civilprozeß, für den das große Publikum nicht das richtige Verständniß besitzt und den es deshalb mit Gleichgültigkeit behandelt, fast völlig bedeutungslos, bewirkt die Oeffentlichkeit eine Preisgabe der privatrechtlichen Verhältnisse der Parteien, über deren Geheimhaltung diese vielleicht ängstlich gewacht haben. Doch hat sie das Gute, daß sie die Verbreitung von Rechtskenntnissen bewirkt und das Mißtrauen zerstreut, das sich an jede, der Beurtheilung der Allgemeinheit absichtlich entzogene Thätigkeit, insbesondere öffentlicher Behörden knüpft. Indem sie sowohl die Handlungen der Parteien als die des Gerichts dem Urtheile des Einzelnen unterwirft, erweckt sie dessen Verständniß für den Inhalt beider und begründet sein Vertrauen zur Rechtspflege. Ganz unhaltbar aber ist die Behauptung, daß die Oeffentlichkeit über die Rechtspflege, wie das oft gebrauchte Schlagwort lautet, eine wohlthätige „Kontrolle" ausübe; zur Aufsicht über die Thätigkeit eines Andern ist nur der befähigt und berufen, dem eine bessere Kenntniß beiwohnt als jenem, eine Voraussetzung, die bei unsern heutigen Rechtszuständen beim Publikum gegenüber geschulten Rechtspflegeorganen nicht zutrifft.

Wohlthätig wirkt die Oeffentlichkeit nach dem obigen, wenn sie dem Einzelnen ein selbständiges Urtheil über die im einzelnen Falle geübte Rechtspflege ermöglicht. Er muß also Kenntniß nehmen dürfen von den Handlungen der Parteien und von den durch diese hervorgerufenen Handlungen des

Digitized by Google

Gerichts. Handlungen des Gerichts sind nicht die Berathung und Abstimmung. Denn durch diese wird Seitens der das Gericht zusammensetzenden physischen Personen die Willenserklärung des Gerichts gebildet. Einflüsse der mannigfachsten Art könnten hier die Unbefangenheit des Einzelnen trüben; auch würde das Ansehen der Staatsgewalt leiden, wenn man den oft mühseligen Entstehungsprozeß des einzelnen Aktes mit ansehen müßte, statt ihn als nothwendige und sichere Kundgebung des unwandelbaren Willens der Staatsgewalt betrachten zu können. Es empfiehlt sich daher, für die Berathung und Abstimmung der Richter die Oeffentlichkeit auszuschließen und sie nur für die Verhandlung der Parteien und die Verkündung der Beschlüsse des Gerichts zuzulassen. Rücksichten auf die privaten Angelegenheiten der Parteien oder auf das allgemeine Wohl können in einzelnen Fällen die Ausschließung der Oeffentlichkeit auch für die Verhandlung gebieten.

In einem schriftlichen Verfahren würde die Oeffentlichkeit sich nur dadurch herstellen lassen, daß man jedem Unbetheiligten die Einsicht der Akten gestattete. Da an eine solche Einrichtung nicht leicht Jemand im Ernste denken wird, bleibt die Oeffentlichkeit nur in einem mündlichen Verfahren erreichbar. Für dieses hat man sie denn auch so lebhaft in Anspruch genommen, daß man sich daran gewöhnt hat, Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens als zwei unzertrennten Dinge zu betrachten.

2. Die Zeit.

§ 151. Die Zeit kommt im Prozesse in Betracht als Zeitpunkt und als Zeitraum.

1. Eine jede Prozeßhandlung geschieht in einem Zeitpunkte, und die Ordnung des Verfahrens führt dazu, daß dieser Zeitpunkt
   a) nur nicht in einen gewissen, besonders bezeichneten Zeitraum fallen, im übrigen aber beliebig ausgewählt werden darf (z. B. Verbot der Vornahme von Prozeßhandlungen an Sonntagen und in den Gerichtsferien),
   b) oder zum Zwecke der Vornahme einer Prozeßhandlung besonders festgesetzt wird (Termin, Tagfahrt).

Digitized by Google

2. Jede Prozeßhandlung füllt einen Zeitraum aus. Dies gilt namentlich von der Gesammtheit der Prozeßhandlungen, vom ganzen Prozesse. Wollte man hier alles dem Belieben der Parteien überlassen, so könnte böse Absicht und Sorglosigkeit die Dauer der Prozesse zur Ewigkeit machen. Diese Rücksicht hat Gebote veranlaßt, durch die
   a) die Dauer der einzelnen Prozeßhandlung oder des ganzen Prozesses begrenzt wird (z. B. Schluß der Verhandlung mit Sonnenuntergang, Bestimmung der höchsten zulässigen Dauer eines Prozesses),
   b) nach denen eine Handlung nur innerhalb eines bestimmten Zeitraumes vorgenommen werden darf (Frist).

Durch eine Frist erfährt nicht wie durch die unter a bezeichneten Gebote die Handlung selbst, sondern nur deren Zulässigkeit eine zeitliche Grenze in der Weise, daß der Partei die Befugniß gewährt wird, innerhalb des Zeitraumes zu handeln, aber das Recht genommen wird, nach Ablauf oder vor Beginn der Frist zu handeln. Den aus dem Fristablauf für die säumige Partei sich ergebenden Nachtheil kann die Gegenpartei als Vortheil für sich verwerthen. Es ist dies ein ihrer freien Verfügung unterliegendes Recht. Auf dieses kann sie ausdrücklich oder stillschweigend, durch Nichtausübung, verzichten. Es gilt dies nicht von denjenigen Fristbestimmungen, welche dem öffentlichen Interesse dienen. Diese sind der Einwirkung der Parteien entzogen und absolut präklusiv. Sie hießen einst fatalia, heut bezeichnet man sie mit dem Ausdruck Nothfristen.

Digitized by Google

Druck von Th. Schatzky, Breslau.

Digitized by Google

Digitized by Google

Verlag von Wilhelm Koebner in Breslau:

Bendix, Das Preußische Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten vom 5. Mai 1872, mit Erläuterungen, nebst der Preußischen Grundbuchordnung. Kart. Preis 2 Mk. 50 Pf.

Ebert, E., Das amtsgerichtliche Dezernat. Beispiele und Verfügungsentwürfe für die gesamte amtsrichterliche Thätigkeit nach Reichs- und Landrecht, unter Anführung der einschlägigen, gesetzlichen Bestimmungen. Preis 5 Mk., in Lwbd. 6 Mk.

Engelmann, A., Das preußische Privatrecht in Anknüpfung an das gemeine Recht systematisch dargestellt. 3. Auflage. Preis 6 Mk., in Lwbd. 6 Mk. 80 Pf.

Kries, Aug. von, Die Rechtsmittel des Civilprozesses und des Strafprozesses. Preis 5 Mk. 40 Pf.

Kurtz, C., Anleitung zur Bearbeitung der Vormundschafts-, Nachlaß- und Testamentssachen mit den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und Anhang, enthaltend Formulare zu gerichtlichen Taxen. Preis 3 Mk.

——— Verfügungen und Verhandlungen in Grundbuchsachen. Nebst Uebungen im Expeditions-, Stempel- und Kostenwesen. Preis 2 Mk. 40 Pf.

Mandowski, O., 100 Stellen aus dem Corpus juris (Digesten) mit ausführlicher Interpretation. Für Studirende. Preis 2 Mk.

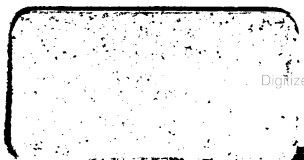
Rosin, H., Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. Preis 4 Mk. 50 Pf.

Th. Schatzky Buchdruckerei, Breslau, Wallstr. 14 b.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google